الرقم ٨٤٠

الحمدية ٨ مجلدات

ثانية اليباء

الرابع ... للاتقاني
فيه
الشفعه القسـ[مه]
المزارعه المسـ[اقاه]
الذبائح يليه الاضـ[حيه]

الباب ع

[illegible]

الشفعه القسمه الحجر المزارعه المساقاه الذبائح
الاضحيه الكراهيه احيا الموات الاشربه الصيد
الرهن الجنايات الديات

مكتبة جامعة الرياض – قسم المخطوطات
اسم الكتاب غاية البيان ... الرقم ٨٤٠/٧
اسم المؤلف قوام الدين أمير كاتب الإتقاني ت ٧٥٨
تاريخ النسخ [illegible]
عدد الأوراق ٣٠٠ ق المقاس [illegible]
ملاحظات الورق [illegible]

رب اعن عبيدك

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الشفعة

ذكر كتاب الشفعة بعد كتاب الغصب لمناسبة بينهما لان في كل واحد منهما تملك مال الانسان بغير رضاه وفرقهما ان الشفعة مشروع والغصب ليس بمشروع بل هو عدوان محض وكان القياس ان يقدم كتاب الشفعة لشرعيتها ولكن قدم الغصب لكثرة الحاجة الي معرفته لانه يقع كثيرا في المعاملات كالبياعات والاجارات والشركات والمضاربات والمزارعات وغيرها لا سيما هذا الزمان فانه زمان الظلم والحيف والتعدي فما احسن من قال والظلم في خلق النفوس فان تجد ذا عفة فلعلة لا يظلم ثم الشفعة عبارة عن حق التملك في العقار لدفع ضرر الجوار سميت بذلك لانها اخذت من الشفع الذي هو ضد الوتر لانه ضم شيء الا ترى ان الشفيع وهو الذي له حق الشفعة يضم بها ملك جاره الي ملك نفسه والشفاعة سميت بذلك لانها ضم المشفوع له الي اهل الثواب وسبب الشفعة احد الاشياء الثلثة الشركة في البقعة والشركة في الحقوق والجوار علي سبيل الملاصقة وعند الشافعي لا تستحق بالجوار وسيجيء بيان الخلاف ان شاء الله تعالي عقيب هذا **قوله** قال الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار اي قال القدوري في مختصره وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره الشفعة تستحق عند اصحابنا جميعا بثلثة معان بالشركة فيما وقع عليه عقد البيع او بالشركة في حقوق ذلك او بالجوار الاقرب فالاقرب وتفسيره ذلك دار بين قوم فيها منازل لهم فيها شركة بين بعضهم وفيها ما هي مفروزة لبعضهم وساحة الدار مرفوعة بينهم يتطرقون من منازلهم فيها وباب الدار التي فيها المنازل في زقاق غير نافذ فباع بعض الشركاء في المنزل نصيبه من شريكه او من رجل اجنبي يخلو فيه من الطرق في الساحة وغيرها فالشريك في المنزل احق بالشفعة من الشريك في الساحة ومن الشريك في الزقاق الذي فيه باب الدار فان سلم الشريك في المنزل الشفعة فالشريك في الساحة احق بالشفعة وان سلم الشريك في الساحة فالشريك في الزقاق الذي لا منفذ له الذي يشرع فيه باب الدار احق بعده بالشفعة من الجار الملاصق وجميع اهل الزقاق الذين طريقهم فيها شركاء في الشفعة من كان في ادناه واقصاه في ذلك سواء فان سلم الشركاء في الزقاق فالجار الملاصق ممن لا طريق له في الزقاق بعد هؤلاء احق وليس لغير الملاصق من الجيران شفعة ممن لا طريق له في الزقاق وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وزفر ومحمد بن الحسن والحسن بن زياد

وقال بشر بن الوليد وعلي بن الجعد سمعنا ابا يوسف قال بعض اصحابنا لا شفعة الا لشريك لم يقاسم نصيبه وقال عامتهم للجار الشفعة الي هنا لفظ الكرخي في مختصره قال الكرخي فيه وقال ابو يوسف عن ابي حنيفة عن حماد عن ابرهيم ان شريحا كان يقضي بالشفعة للجيران بالابواب واقرب الابواب الي باب الدار وهو الشفيع وقال ابو حنيفة خلاف ذلك فقال الجار الذي له الشفعة الملاصق كذا ذكره الكرخي وعند اهل المدينة مثل يحيي بن سعيد الانصاري وربيعة بن ابي عبد الرحمن ومالك بن انس لا شفعة بالجوار وبه يقول الشافعي واحمد واسحق ومذهب سفيان الثوري وابن المبارك مثل مذهبنا ان الجار له الشفعة كذا ذكر الترمذي في جامعه في الحديث احتج مالك والشافعي واحمد علي ان لا شفعة بالجوار بما روي مسندا في الصحيح البخاري وغيره الي جابر بن عبد الله قال قضي النبي صلي الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولان حق الشفعة ثبت بخلاف القياس لان تملك مال الغير بغير رضاه لا بعقد فيقتصر علي مورد النص وهو مما لا يقسم ولانه شرع فيما لا يقسم لدفع ضرر مؤنة القسمة لانه يحتاج الي ان يدفع عن نفسه مطالبة القسمة ولا يمكنه الا بالتمليك عليه وهذا المعني لا يتحقق في الجار ولنا ما روي صاحب السنن باسناده الي عمرو بن الشريد انه سمع ابا رافع سمع النبي صلي الله عليه وسلم يقول الجار احق بسقبه وروي صاحب السنن ايضا باسناده الي قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلي الله عليه وسلم قال جار الدار احق بدار الجار والارض وروي ابو عيسي الترمذي في جامعه باسناده الي سمرة قال قال رسول الله صلي الله عليه وسلم جار الدار احق بالدار وروي ابو داود ايضا في السنن مسندا الي عطاء عن جابر بن عبد الله قال قال رسول الله صلي الله عليه وسلم الجار احق بشفعة جاره ينتظر بها وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا وحدث الطحاوي في شرح الاثار باسناده الي سعيد بن ابي عروبة عن قتادة عن انس ان رسول الله صلي الله عليه وسلم قال جار الدار احق بالدار وحدث الطحاوي باسناده الي قتادة عن الحسن عن سمرة بن جندب ان رسول الله صلي الله عليه وسلم قال جار الدار احق بشفعة الدار وقال الكرخي في مختصره روي ابو يوسف عن اشعث بن سوار عن محمد بن سيرين عن شريح انه قال الخليط احق من الشفيع والشفيع احق من الجار والجار احق من غيره قال ابو يوسف وتفسير هذا عندنا ان الشريك الذي

لم يقاسم هو الخليط وهو احق من الشفيع والشفيع الشريك في الطريق والمنازل مقسومة والجار
لا شركة له في منزل ولا طريق وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف ولذلك روى ابن سماعة عن محمد في تفسير حديث
شريح ان الخليط احق من الشفيع والشفيع احق من الجار والجار احق من غيره على ما اخبرتك به انتهى تفسير
الحديث على ما روي عن ابي يوسف الى هنا لفظ الكرخي والمعنى المعقول في المسئلة ان علة استحقاق الشفعة
في الشريك وجدت في الجار وهو دفع ضرر الدخيل فيشاركه في استحقاق الشفعة لان المشاركة في
السبب توجب المشاركة في الحكم بيانه ان الاتصال بين الملكين على وجه التابيد والقرار لا يعرى عن
الضرر فربما يكون صاحبه بذيا يؤذي صاحبه باللسان واليد بسوء الصحبة وقبح المعاشرة
وهو امر معلوم لا يجري فيه المناكرة الا على وجه المكابرة فشرع استحقاق الشفعة للشريك
دفعا للضرر الدخيل وهذا المعنى اعني الضرر موجود في حق الجار الملازق ايضا فيثبت له الشفعة
قياسا على الشريك فان قلت ضرر الدخيل موهوم ربما يكون وربما لا يكون والظاهر انه لا
يكون لانه مسلم متدين عاقل وعقله ودينه يمنعانه عن اضرار الغير وضرر المشتري في اخذ
الملك منه بلا رضاه متحقق فكيف يجوز الحاق الضرر المتحقق لدفع ضرر موهوم ولو كان ضرر
الدخيل موجودا لا موهوما يمكن دفعه بالمرافعة الى السلطان او بالمقابلة قلنا لا نسلم
ان ضرر الدخيل موهوم بل هو غالب فان الانسان لا يمكنه الانتفاع بملكه من غير ان يتاذى من
جاره فما احسن من قال كم معشر سلموا لم يؤذهم سبع وما نرى احدا لم يؤذه بشر ولئن
سلمنا انه موهوم فنقول نشتغل بدفع الضرر الموهوم قبل نزوله لانه اذا نزل ربما يمكن دفع
وربما لا يمكن فلا فائدة اذا في الاشتغال بالدفع **قوله** ان ضرر المشتري متحقق قلنا لا يعد ذلك
من باب الاضرار لان الشرع جعل غيره احق منه في تقدم الشفيع واخذه صار كان العقد وقع معه
ابتداء ولئن سلمنا ان ضرر المشتري متحقق فنقول ضرره دون ضرر الشفيع ويتحمل الضرر الادنى
لدفع الضرر الاعلى لان ضرر الدخيل ليس الا التمليك عليه بما قام عليه من الثمن بلا رضاه وهو ما صحب الجار وما
يسكن الدار والشفيع قد سكن الدار وصحب الجار فلو لم يثبت له الشفعة ربما يحتاج الى مفارقة
داره وربما عن ابائه احترازا عن ضرر الدخيل فيشق عليه ذلك غاية المشقة **قوله** يمكن دفعه بالمرافعة
الى السلطان او بالمقابلة قلنا الضرر الذي يلحق من جهة الدخيل بعضه ظاهر وبعضه باطن لا
يمكن رفع جميع ذلك الى السلطان وفيه حرج ولان الضرر الذي يلحق على باب السلطان وضرر المقابلة
فوق ضرر السوء الصحبة والمعاملة من الدخيل فلا يجوز تحمل الضرر الاعلى لدفع الادنى فان قلت العلة

في استحقاق الشفعة للشريك دفع ضرر المقاسمة فلا يتحقق هذا المعنى في الجار فلا يثبت له
الشفعة قلنا المقاسمة حق مستحق على الشريك فلا يكون ايفاء الحقوق المستحقة من باب
الضرر لانه لو كان ضررا لم يكن مشروعا بل فيه نفع محض لانه جمع الانصباء فان قلت في
المملوك بالارث والهبة والوصية لا يثبت الشفعة فينتقض عليكم قلنا انما لا يثبت في هذه
الصور لوجهين احدهما ان بهذه الاسباب لا يكثر وجودها فلا حاجة الى اثبات حق الشفعة
لدفع الضرر الحاصل بها بخلاف البيع فانه يكثر وجوده والثاني لو يثبت الشفعة بهذه الاشياء
اما ان يثبت بعوض او لا بعوض والثاني ليس بمشروع في الشفعة والاول لا يمكن لان حق الشفعة
انما ثبت في الشرع بالتملك بمثل الثمن الذي اشتراه او بقيمته كما اذا اشترى دارا بعبد ياخذها
بقيمة العبد وفي هذه المواضع لم تملك الدار بثمن فكيف ياخذها به او بقيمته الا ترى ان الخلطة سبب
الشفعة بالاتفاق ومع هذا لا يثبت الشفعة بالخلط بهذه الاشياء والجواب عن حديث
الخصم فنقول قد جابر قضى النبي صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم يدل على
ان مستحقها ما لم يقسم ونحن نقول بموجب ذلك وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه في
قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة من كلام الراوي فلا يكون حجة للخصم
في عدم استحقاق الشفعة للجار مع ما صح من الاخبار بثبوت الشفعة للجار فلو كان ذلك من
كلام النبي صلى الله عليه وسلم لقال جابر قضى النبي بالشفعة في كل ما لم يقسم وقال فاذا
وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة من كلام الراوي فلا يكون حجة للخصم في عدم
استحقاق الشفعة للجار مع ما صح من الاخبار بثبوت الشفعة للجار فلو كان ذلك من كلام
النبي صلى الله عليه وسلم لقال جابر قضى النبي بالشفعة في كل ما لم يقسم وقال فاذا وقعت
الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولئن صح انه من كلام النبي صلى الله عليه وسلم فنقول معناه لا شفعة
بسبب القسمة وليست هي كالبيع وانما قال هذا دفعا للوهم متوهم ان القسمة لما كان فيها معنى التمليك من
كل واحد من الشريكين للاخر ينبغي ان يثبت فيها الشفعة فازال ذلك الوهم بهذا والجواب عن قوله ان حق الشفعة
ثبت بخلاف القياس فنقول لا نسلم انه بخلاف القياس لان النص معلول بالاجماع فعندنا العلة دفع ضرر
الجوار باتصال الملكين على الدوام وعند الخصم العلة دفع ضرر مؤنة القسمة ولئن سلمنا انه بخلاف القياس
فنقول تثبت الشفعة في المتنازع فيه بالاخبار الصحاح التي ذكرناها لا بالقياس فان قالوا ملك الجار
محوز عن ملك البائع فلا يثبت له الشفعة كالجار المحاذي قلنا لا نسلم ان ملكه محوز لان بينهما اشتراكا

في الحايط او في جزء من الارض وهو الحد الفاصل بين الملكين والمعنى في الاصل
ان ملك احدهما ليس بمتصل بالاخر وليس بينهما اشتراك في جزء بخلاف الفرع
او الجار المحاذي لا يخاف التاذي على وجه الدوام بخلاف الفرع **قوله** الشفعة
واجبة للخليط اي ثابتة ولم يرد به الوجوب المصطلح الذي يلزم من تركه الاثم
والخليط الشريك من الخلطة وهي الشركة يقال خالطه اذا شاركه **قوله** ولقوله عليه
السلام الجار احق بسقبه والسقب القرب والمراد منه الشفعة ويجي ذكنابه بالسين والصاد
جميعا كالصراط يقال دار فلان بسقب دار فلان اي يقرب منها وابيات القوم متساقبة اي متقاربة
وسقبت الدار واسقبت لغتان فصيحتان والمنزل سقب ومسقب كذا في الجمهرة **قوله** في الاصل اي
فيما لم يقسم دون الفرع اي في الجوار **قوله** ولان ملكه متصل بملك الدخيل اي لان ملك الجار متصل بما ملكه
المشتري بالشرا وسماه دخيلا لانه ليس باصيل في الجوار والاصيل هو الجوار **قوله** اعتبارا بمورد الشرع
اراد به ما لم يقسم **قوله** وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة للتحقيق ضرر غيره جواب عن قوله لان مؤنة
القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع يعني ان التعليل به لا يصح لانه لا يعتبر ضررا لكون القسمة مشروعة
فلا يتحمل ضرر الغير الذي هو المشتري بالتملك عليه بلا رضاه لدفع ضرر القسمة لانه ليس بضرر بل العلة
هي دفع ضرر الجوار باتصال الملكين على الدوام **قوله** واما الترتيب عطف على قوله اما الثبوت يعني ان
لفظ القدوري دل على شيئين ثبوت الشفعة والترتيب اما الثبوت فبالاحاديث المذكورة واما الترتيب
فلما روى ابو يوسف عن اشعث بن سوار عن محمد بن سيرين عن شريح انه قال الخليط احق من الشفيع والشفيع
احق من الجار والجار احق ممن سواه واراد بالخليط الشريك الذي لم يقاسم وبالشفيع الشريك في الطريق فقد
مر قبل هذا **قوله** ولقوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع وبهذا اللفظ لم يثبت
الحديث منه صاحب الهداية الشريك من كان شريكا في نفس المبيع والخليط من كان شريكا في حق المبيع
وهاتي اللغة سواء قال الطحاوي في شرح الاثار فان قال فقد جعلت هذه الثلاثة شفعاء بالاسباب التي
ذكرت فلم جعلت الشريك اولى من الشريك في الطريق ثم الجار قيل له لان الشريك له شركة في الطريق وفي الدار
بعينه وليس لصاحب الطريق حق في الدار فلهذا صار هو اولى ولذلك لصاحب الطريق حق في الطريق وليس للجار
ذلك فلهذا صار هو اولى ثم الجار وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وقد قالوا في الشريك اذا سلم الشفعة
وجبت للشريك في الطريق فان سلمها وجبت للجار وروي عن ابي يوسف ان الشفعاء اذا اجتمعوا فسلم
الشريك الشفعة فلا شفعة لغيره ووجه قولهم المشهور ان السبب الذي يتعلق به حق كل واحد منهم

موجود عند عقد البيع وانما يتقدم حق بعضهم لمتأكد حقه فاذا اسقط حقه كان لغيره ان
يستوفي كغريم الصحة وغريم المرض والدين الذي به رهن والدين الذي لا رهن به اذا
اسقط المرتهن حقه ولابي يوسف رحمه الله ان عند البيع وقع غير موجب للشفعة للجار
الا ترى انه لا يملك المطالبة بها فلا يثبت حقه الا بتجدد بيع اخر اصله اذا استحدث
الجوار **قوله** ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة يصلح مرجحا اي ان ضرر القسمة ان لم يصلح علة
لاستحقاق الشفعة لان القسمة امر مشروع يصلح مرجحا معناه ان ما يصلح علة لا يلزم ان يصلح
للترجيح لان الترجيح انما يكون ابدا بزيادة وصف لا يصلح للعلية فلهذا كان الشريك في نفس المبيع
وهو الشريك الذي لم يقاسم اولى من غيره كالاخ لاب وام يترجح على الاخ لاب في الميراث بالعصوبة
وان كانت العصوبة لا تستحق بالام **قوله** قال وليس للشريك في الطريق والشرب
والجار شفعة مع الخليط في الرقبة اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الشريك في نفس
المبيع اولى باستحقاق الشفعة ومقدم على غيره من الشفعاء لقوته وقد مر بيان ذلك عند بيان
ترتيب الشفعاء **قوله** قال فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم اخذها الجار
اي قال القدوري في مختصره فان سلم الخليط في الرقبة وهو الشريك في نفس المبيع فحينئذ يظهر
حق الشريك في الطريق فيكون الشفعة له فان سلم هو فالشفعة للجار الملاصق ولا اعتبار للجار
المحاذي خلافا لما روي عن شريح وقد مر بيانه وقال في خلاصة الفتاوى يثبت الشفعة بجوار دار
الوقف وفي الواقعات في باب الشفعة بخلاف مذ السيني رجل له ارض هي وقف عليه فاشترى
رجل ارضا اخرى بجنبها ليس لصاحب الارض الموقوفة عليه شفعة لان الشفعة بحق الملك ولا
ملك له **قوله** وعن ابي يوسف انه مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم او استوفى وقد
مر بيانه قبل هذا **قوله** وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار اي الشريك
في الجدار مع ارضه مقدم على الجار في المنزل وعلى الجار في بقية الدار في اصح الروايتين
عن ابي يوسف وفي الرواية الاخرى عنه هو والجار سواء وانما قلنا مع ارضه لان
الشركة في البناء المجرد لا يوجب الشفعة قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره
قال ابو يوسف في دار بين رجلين ولرجل فيها طريق فباع احدهما نصيبه من الدار فشريكه
في الدار احق بالشفعة في ذلك ولا شفعة لصاحب الطريق قال قال وكذلك دار
بين رجلين لاحدهما حائط في الدار بينه وبين رجل يعني بارضه فباع الذي له شرك في

فالشريك في الدار احق بشفعة الدار ولا شفعة للشريك
الحايط نصيبه من الدار والحايط قال
في الحايط في الدار وله الشفعة في الحائط وارضه وكذلك دار بين رجلين ولاحدهما بيت
في الدار بينه وبين رجل آخر فباع الذي له الشرك في البيت نصيبه من الدار والبيت
فالشريك في الدار احق بشفعة الدار ولا شفعة للشريك في البيت في الدار وله شفعة
في البيت قوله ثم لا بد ان يكون الطريق والشرب خاصا حتى يستحق بالشركة فيه فالطريق
الخاص ان لا يكون نافذا والشرب الخاص ان يكون نهرا لا يجري فيه السفن وما يجري فيه
فهو عام وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وعن ابي يوسف الخاص ان يكون نهرا يسقى منه
قراحان او ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام قال ـــ الكرخي في مختصره قال هشام عن ابي
يوسف في الساقية الصغيرة يسقى البستانين او الثلاثة او يسقى قطعتين او ثلاثة او نحو ذلك
فصاحب الارض والبستان الذي له الشرب في الساقية احق بما يبيع من الجار الذي ليس
له شرب في الساقية فان ترك صاحب الساقية شفعته فللجار ان يطلب الشفعة وقال ابو
يوسف ليس في الارض التي تشرب من العظيم شفعة ولم يجعل ابو يوسف العظيم مثل الساقية يعني
العظم ثم قال الكرخي فيه وقال هشام سألت محمدا عن النهر الذي تجري فيه السفن أيكون للذي
لهم النهر الشفعة فيما يبيع من ذلك النهر قال نعم قال محمد ولكن ليس لهم شفعة بهذا النهر في الاراضي
التي تشرب منها من هذا النهر هذا بمنزلة الطريق النافذ قال واما ما لا تجري فيه السفن فانه بمنزلة
الطريق غير النافذ فهم شفعاء بالانهار في الاراضي التي تشرب بها في النهر وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
الى هنا لفظ الكرخي في مختصره قال القدوري في شرحه اجرى محمد الحكم على جنس بان السفن لان ما يجري فيه
السفن في حكم العظيم نهر كالدجلة والفرات وما لا تجري فيه السفن في حكم الصغير نهر كالزقاق
الذي لا ينفذ وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي لو ان نهرا يسقى منه اراض معدودة
وكروم معدودة فبيعت ارض من ذلك او كرم منها فهم شفعاء فيها لانهم كلهم خلطاء فيها ولو كان
النهر عاما فان الشفعة للجار الملاصق والحد الفاصل بين الخاص والعام قد قدر بعضهم بالاحصاء
فان كانوا ممن يحصون فهو خاص وان كانوا اكثر من ذلك فهو عام وقال بعضهم اذا كانوا دون
المائة فهو خاص وان كانوا اكثر من ذلك فهو عام وقال بعضهم ذلك موكول الى رأي القاضي فان رآه
خاصا قضى لاهله بالشفعة وان رآه عاما قضى للجار الملاصق بالشفعة الى هنا لفظ شرح الطحاوي
والقراح الارض للزراعة التي لم يختلط بها شيء والماء القراح الذي لا يخالطه شيء كذا في التهذيب

الديوان

الديوان قوله فان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت
دار في السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون اهل العليا وان بيعت في العليا فلاهل السكتين
ذكرها تفريعا على مسئلة القدوري قال ـــ والمعنى ما ذكرنا وهو ان حق المرور لاهل السفلى
خاصة في الصورة الاولى وفي الثانية حق المرور لاهل السكتين جميعا فكانوا سواء في الشفعة
قال ـــ صاحب الهداية ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس
الطريق فيما بيناه اي في استحقاق الشفعة بيانه ما قال القدوري في شرح الكرخي اذا تنزع
منه نهر آخر فبيعت ارض تشرب من النهر النازع كان بيعت ارض على النهر الكبير كان اهل
واهل النهر النازع سواء في الشفعة لانهم تساووا في استحقاق الشرب بالشركة في عمود
النهر قوله ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع جوار قال ـــ
الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره قال هشام سألت محمدا عن حائط بين دارين عليه خشب
لصاحب هذه الدار ولصاحب الدار الاخرى فبيعت احدى الدارين فجاء صاحب الحائط يدعي
الشفعة وجاء الجار يدعيها ولا يعلم ان الحائط بينهما الا بالخشب الذي عليه لهما قال محمد اسال
المدعي للشفعة البينة ان الحائط بينهما فان اقام بينة فهو احق من الجار لانه شريك وان لم يقم
بينة لم اجعله شريكا الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان استحقاق الحائط بالخشب ظاهر
في الملك والشفعة لا يستحق بالظاهر قوله قال ـــ والشريك في الخشبة تكون على حائط
الدار جار اي قال في بيوع الجامع الصغير ولفظ محمد في اصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن
ابي حنيفة رضي الله عنه انه قال الشريك في الطريق احق بالشفعة من الجار فاما الشريك بالخشبة
تكون له على حائط الرجل فانما هو جار الى هنا لفظ محمد رحمه الله وذلك لانه لا يكون بوضع الخشب
شريكا في شيء من الدار وانما له حق التعلي فكان جارا ملاصقا فكان مؤخرا عن الشريك في الطريق
قوله قال ـــ واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك
اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو نصر البغدادي في شرحه وهو احد قولي الشافعي وقال في قول آخر
انها على قدر الانصباء وقول الشافعي في الجديد على قدر الحصص كذا في وجيزهم وقال في كتاب التفريع لاصحاب
مالك والشفعة على قدر الانصباء وليست على عدد الرؤس وعن احمد روايتان واعتمد الخرقي على قدر
السهام وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي والشفعة للشفعاء على عدد رؤسهم لا على مقادير
الانصباء وصورة المسئلة دار بين ثلاثة نفر لاحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها فباع صاحب

فاهل النهر النازع احق بالشفعة من اهل النهر الكبير لانهم يختصون بشرب النهر النازع

النصف نصيبه وطلب الشريكان الشفعة يقضي القاضي بها بينهما نصفين عندنا وعند الشافعي يقضي
بها اثلاثا ثلثاها لصاحب الثلث وثلثها لصاحب السدس على مقادير انصبائهما ولو ان دارا بيعت
ولها شفيعان جاران جوار احدهما لثلثة ارباع الدار وجوار الاخر لربعها او جوار احدهما في قدر
شبر من الدار وطلبا جميعا الشفعة يقضي بينهما نصفين وعند الشافعي لا يجب الشفعة للجار
ولو حضر واحد من الشفعاء اولا واثبت شفعته فان القاضي يقضي له بجميع الدار بجميع الشفعة
ثم اذا حضر شفيع اخر واثبت شفعته فانه ينظر ان كان الثاني شفيعا مثل الاول قضى له بنصف
الدار فان كان الثاني اولى من الاول بان كان الاول جارا وهذا خليط فان القاضي يبطل شفعة الاول و
يقضي بجميع الدار للثاني وان كان الثاني دون الاول في الشفعة فان القاضي لا يقضي للثاني بالشفعة
وكذلك حكم الشرا لو ان رجلا اشترى دارا وهو شفيعها ثم جاء شفيع مثله قضى القاضي له بنصفها وان
جاء شفيع اخر اولى منه فان القاضي يقضي له بجميع الدار فان كان شفيع دونه فلا شفعة له الي هنا لفظ
شرح الطحاوي احتج الخصم بان الشفعة حق من حقوق الملك ومن ثمرات الملك فيجب ان يتقدر
بقدر الملك كالكسب والغلة والثمر والولد والشرب والطريق وانما قلنا انه حق من حقوق الملك ومرفق
من مرافقه لان الشرع اثبت للشفيع حق الاخذ ليتمكن من الانتفاع بملكه على سبيل الكمال وما يرجع الي
تكميل المنفعة فهو من حقوق الملك ومرافقه بخلاف ما اذا كان الشفيع واحدا وهو صاحب قليل حيث
لا يتقدر بقدر نصيبه بل يأخذ الكل لان الشرع اثبت له حق الاخذ لدفع الضرر عن نفسه ومتى
لم يثبت له حق الاخذ في الكل لم يندفع الضرر ولم يحصل المقصود فاذا آل الامر الي الحاكم بين الشفيعين
واستحقاقهما ثابت بقدر الملك وجاز ظهور التفاوت في الاستحقاق عند الاجتماع كان الفارس
والراجل في استحقاق الغنيمة حالة الانفراد يستحق كل منهما تمام اربعة اخماس الغنيمة وعند الاجتماع
يكون نصيب الفارس اكثر وسبب استحقاق الغنيمة هو الاستيلاء والقهر وكذلك العبد اذا قتل
انسانا خطأ وفقأ عيني اخر او قطع يد اخر يدفع اليهما اثلاثا وعند الانفراد يستحق كل واحد منهما جميع العبد
ولنا ان التساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في الاستحقاق والشركاء قد تساووا في
السبب وانما قلنا انهم تساووا في السبب لان سبب استحقاق الشفعة في كل المشفوع
اصل الاتصال بين الملكين وان قل بدلالة المعقول والحكم اما الحكم فان الدار اذا كانت بين اثنين
لاحدهما عشرها وللاخر تسعة اعشارها فباع صاحب الكثير نصيبه من اجنبي فلصاحب
القليل ان يأخذ كل الدار بالشفعة بالاجماع واما المعقول فلان الاتصال بين الملكين

وان لم يكن عند الانفراد كل المبيع سبب الاستحقاق
كان الشركا عند الانفراد كل واحد بسبب عند الاجتماع

انما صار سببا لاستحقاق الشفعة لدفع ضرر الدخيل بسوء الصحبة كما في حق صاحب
الكثير بل ضرر الدخيل في حق صاحب القليل اكثر لان نصيب الدخيل اذا كان اكثر يكثر تصرفه
ملكه ويكثر تعدي تصرفه في ملكه على وجه يتضرر به شريكه واذا كان اقل يقل تصرفه ويقل
تعدي ضرر تصرفه فكان اصل الاتصال في حق صاحب القليل في استحقاق الشفعة مثل
الاتصال في حق صاحب الكثير من هذا الوجه فيساويه في الاستحقاق وكثرة الاتصال
زيادة في العلة والترجيح لا يصح بكثرة العلل بل بقوة فيها الا ترى ان المدعيين اذا اقام
شاهدين والاخر عشرة لا يترجح صاحب العشرة لانهما استويا في علة الثبوت **قوله** انه
حق من حقوق الملك ومرفق من مرافقه قلنا ايش تعني بهذا ان عنيت انه متفرع عن الملك كالثمر او
حق يثبت بسبب الملك فالاول ممنوع لا يمكن القول به لان تملك نصيب الشريك لا يتفرع ولا
يتولد من ملكه والثاني مسلم ولكن المستحق عليه ملك صاحب الكثير لانهما في سبب الاستحقاق سواء
قوله انه لتكميل المنفعة قلنا تكميل المنفعة يجب ان يكون راجعا الي عين المملوك وههنا حق
الاخذ في محل اخر والمعنى في الاصل ان الولد والثمر متولد من الملك فانقسم على قدر الملك والشفعة
تستحق بمعنى متساو ويعتبر قدر الملك كالوصية للجيران ان صاحب النصيب القليل والكثير
سواء كذا في مختصر الاسرار وغيره والجواب عما اذا كان الابن مع ابن اخر ان الموجود في كل واحد منهما حق
سبب الاستحقاق الكل الا انه لا يمكن استحقاق الكل لكل واحد منهما على الكمال فتنصف بينهما و
كذلك تقول في ولي المقتول خطأ والمفقوء عينه والجواب عن مسئلة الفارس والراجل انهما لم
يتساويا في السبب وهو القهر والاستيلاء فلم يتساويا في الاستحقاق والباقي يعلم في نسخ
طريقة الخلاف **قوله** ما شبهه بالغلة يعني ان الشريكين اذا اشتريا اشياء
ولم يشترطا شيئا ومال احدهما خمسة ومال الاخر عشرة فحصل الربح كان الربح الربح و
بينهما اثلاثا الثلث لصاحب الخمسة والثلثان لصاحب العشرة لانه فرع المال ومالهما
كذلك وكذلك غلة العقار المشترك بين اثنين اثلاثا تكون اثلاثا وكذلك وكذا
الجارية المشتركة او البهيمة المشتركة يكون الملك فيه لكل واحد بقدر
الملك في الام وكذلك ثمر النخل المشترك **قوله** ولو اسقط بعضهم حقه فهي للباقين
في الكل على عددهم ذكرها تفريعا على مسئلة القدوري لجا قوله فلو سلم الحاضر بعد
ما قضي بالجميع لا يأخذ القادم الا النصف اما اذا اسقط بعضهم حقه فانما كان الشفعة

للباقين لان كل واحد منهم لو انفرد يثبت له حق الاخذ بالجميع وانما سقط حقه عن بعضها بالمزاحمة
فاذا سقطت المزاحمة بقي حقه في الجميع بحاله كالغرماء اذا تقاصموا في التركة فاسقط بعضهم
حقه سلمت التركة للباقين وهذا كالقاتل لاثنين اذا عفا ولي احدهما فللاخر القصاص
لان حقه ثبت في الجميع فاذا ابرأ الاخر فكانه لم يكن وليس هذا كالعبد اذا قتل اثنين
خطأ فعفا ولي الاخر يبقى حقه في نصف العبد ويقال للمولى اما ان تدفع اليه نصف العبد
او تفديه لان جناية الخطأ مال فاذا تعلقت الجنايتان بالرقبة تضايقت فيها فتثبت لكل
واحد منهما النصف فاذا سلم للاخر لم يتعد حق الباقي وليس كذلك الشفعة لانها حق ليس
بمال فهي بدم العمد اشبه واما اذا كان للدار شفيعان فحضر احدهما حكم له بجميعها فان
حكم له ثم جاء شفيع اخر اخذ منه نصف الدار وان جاء ثالث فله ان ياخذ من يد كل واحد ثلث
ما في يده حتى يكون الدار بينهم اثلاثا على عدد رؤوسهم وذلك لان حق الغايب متعلق بالدار لا يسقط
بغيبته وانما قضي بها للحاضر لانه لا مزاحم له فاذا حضر الغايب كان المطالبة بحقه حتى يساوي
الحاضر فيه فان قدم الغايب فقال انا اخذ النصف حسب وقال الحاضر الذي اخذ جميع
الدار انا اسلم لك الكل فاما ان تاخذ الكل واما ان تدع فله ان ياخذ النصف وليس للذي
كان حاضرا ان يلزمه اكثر من ذلك وذلك لان حكم الحاكم للحاضر اسقاط لحق الغايب عن
مقدار نصيب الحاضر فاذا سقط حقه عن النصف لم يلزمه ان ياخذ الا ما تعلق حقه به
وليس كذلك اذا لم يحكم الحاكم فترك احدهما نصيبه لان القاضي لم يسقط حق الاخر عما تعلق
به واذا سقطت المزاحمة بقي حقه في الجميع فكانه لم يكن الا هو فلا يجوز له اخذ البعض وهذا
كما قالوا في رجلين ادعى كل واحد منهما دارا في يد رجل فاقام البينة انها له ثم ابرأه احدهما من
الدعوى قبل الحكم قضي القاضي بجميع الدار للاخر ولو حكم بالبينتين ثم ابرأ احدهما من الدعوى
لم يكن للاخر الا النصف لان حكم الحاكم لهما اسقاط لكل واحد منهما عما قضي به للاخر كذا ذكر
الشيخ ابو الحسن القدوري في شرحه لمختصر الكرخي قوله قال والشفعة تجب بعقد البيع
اي قال القدوري في مختصره وقال صاحب الهداية ومعناه بعده لا انه هو السبب اي معنى قوله تجب بعقد
البيع تجب الشفعة متعلقا بوجود البيع على انه الشرط لا انه السبب لوجوب الشفعة لان السبب هو
اتصال الملكين لدفع ضرر الدخيل بسوء الصحبة واذى المجاورة على ما قدمناه قبل هذا وقال القدوري
في شرحه لمختصر الكرخي والشفعة تجب برغبة البايع عن ملكه بدلالة انه لو ادعى انه باع داره من زيد فجحد

زيد ذلك وجبت الشفعة لاجل اعترافه بخروج الشيء عن ملكه وان لم يحكم بدخوله
في ملك المشتري ثم قال وهذا المعنى هو سبب شفعته وقال ابو جعفر الطحاوي في مختصره والشفعة
تجب بالبيع وتستحق بالاشهاد وتملك بالاخذ الى هنا لفظه رحمه الله قال الاسبيجابي رحمه الله في شرحه والاصل
في هذا ان الشفعة تجب بالبيع وتستحق بالطلب لا فان الشفيع لو طلب الشفعة قبل البيع لم يصح طلبه ولو سلم
الشفعة قبل البيع فتسليمه باطل ولو سلم بعد البيع وهو لا يعلم بالبيع بطلت شفعته لان التسليم حصل بعد
وجوبه ولو سكت بعد البيع ولم يطلب فان سكوته بعد العلم يبطل شفعته وان كان لا يعلم بالبيع لم
يبطل شفعته بالسكوت قوله قال وتستقر بالاشهاد اي قال القدوري في مختصره وانما تستقر بالاشهاد
لانها حق ضعيف يسقط بالاعراض ولا يعلم انه مطالب وليس بمعرض الا بالاشهاد قال صاحب الهداية
ولا بد من طلب المواثبة قال في شرح الطحاوي والطلب طلبان طلب مواثبة وطلب استحقاق اما طلب
المواثبة فعند سماع البيع من غير سكوت ويشهد على طلبه شهودا ثم لا يمكث حتى يذهب الى المشتري
او الى البايع ان كانت الدار في يده او الى الدار المبيعة وان كانت الدار في يد المشتري ان شاء
اشهد على المشتري بطلب الشفعة وان شاء اشهد عند الدار ولو طلب من البايع بطلت شفعته
ويطلب عند واحد من هولاء طلبا اخر وهو طلب الاستحقاق ويشهد عليه شهودا واذا اثبت
الشفيع شفعته بطلبين وابى المشتري ان يسلمها اليه فهو على شفعته ابدا ولا يبطل شفعته
بعد ذلك بترك الطلب في ظاهر الرواية وروي عن محمد بن الحسن انه قال اذا مضى شهر ولم يطلب مرة
اخرى بطلت شفعته وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف وروي عنه في رواية اخرى له ان يطالب في
كل مجلس من مجالس القاضي فان ترك مجلسا من مجالس القاضي بطلت شفعته كذا في شرح الطحاوي
قوله قال وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها حاكم اي قال القدوري في مختصره وذلك
لان الملك للمشتري تم لتحقق سبب الملك وهو الشراء القاطع ثم لا ينتقل عنه الملك الى الشفيع الا
برضاه لان تملك ملك الغير لا يجوز بدون رضاه الا ان الشرع جعل للشفيع حق التملك وللقاضي ولاية عامة
فاذا قضي بالشفعة واخذها الشفيع ملكها ولا يملك الشفيع الدار قبل تسليم المشتري اليه او قضاء
القاضي وان ثبت شفعته بطلبين طلب المواثبة وطلب التقرير حتى ان المبيع لو كان كرما فاكل المشتري
ثمار سنين فانه لا يكون مضمونا عليه ولا يطرح عن الشفيع شيء من الثمن لها الا من ثمار اذا كانت
الثمار حدثت بعد ما قبض المشتري الكرم فهذا معنى قولنا انه يملك بالاخذ لا بالطلب على الانفراد كذا
في شرح الطحاوي قوله ويظهر فائدة هذا اي فائدة قوله وتملك بالاخذ قوله بعد

وتملك بالاخذ ومعنى قولنا تجب بالبيع وتستحق بالطلب صح

قوله الطلبين اراد بهما طلب المواثبة وطلب التقرير ويسمي طلب التقرير طلب الاشهاد ايضا
قوله الطلبين اراد بهما طلب المواثبة وطلب التقرير ويسمي طلب التقرير طلب الاشهاد ايضا

قوله لا يورث عندنا في الصورة الاولي اي فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين قبل الاخذ قوله ويبطل شفعته في الثانية اي في الصورة الثانية وهي ما اذا باع داره المستحق بها الشفعة قبل اخذ الدار المشفوعة لان سبب الشفعة اتصال ملك الشفيع بالدار المشفوع عنه وقد زال الاتصال فلا يثبت الحكم لعدم سببه قوله ولا يستحقها في الثالثة وهي ما اذا بيعت دار اخري بجنب هذه الدار المشفوع عنه قبل اخذ الدار المشفوعة بتسليم الخاصم وهو المشتري او بقضاء القاضي قوله لا تجب الا عند معاوضة المال بالمال قال في شرح الطحاوي ولا شفعة فيما اذا ملكت بعوض هو عين مال فاما اذا ملكت بغير عوض كالهبة والصدقة والوصية والميراث فلا شفعة فيها وكذا لو ملكت بعوض ليس بعين مال كما اذا جعله مهرا في النكاح او بدلا في الخلع او صولح من دم عمد فلا شفعة فيه ولو تزوجها علي مهر مسمي ثم باع دارا من امراته بذلك المهر او تزوجها بغير مهر مسمي ثم باع دارا منها بمهر المثل وجبت فيها الشفعة ولو تزوجها علي الدار او تزوجها علي غير مهر مسمي ثم فرض لها دارا مهرا فلا شفعة فيها ولو صولح علي الدار عن الجناية التي توجب الارش دون القصاص تجب فيها الشفعة بالارش ولو جعلها اجرة في الاجارات فلا شفعة فيها لان بدلها ليس بعين مال قوله علي ما نبينه اي في باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

لما لم يكن للشفعة ثبوت بدون الطلب شرع في بيان الطلب وتقسيمه وكيفيته وسمي الطلب الاول طلب المواثبة تبركا بلفظ الحديث وهو قوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها اي طلبها علي وجه السرعة والمبادرة مفاعلة من الوثوب علي الاستعارة لان من يثب هو الذي يسرع في طي الارض بمشيه قوله قال واذا علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه ذلك علي المطالبة اي قال القدوري في مختصره والمراد من المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه في المجلس ليس بشرط والشرط هو نفس الطلب وانما يشهد فيه لانه لا يصدق علي الطلب الا ببينة فان لم يكن بحضرته من يشهده قال انا مطالب بالشفعة ثم ينهض الي من يشهده وانما يفعل ذلك حتي لا يسقط حق الشفعة فيما بينه وبين الله والاصل هنا ان طلب الشفعة علي الفور في رواية وفي رواية هشام علي المجلس وهو اختيار الكرخي قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا بيعت الدار ولها شفيع فبلغ ذلك الشفيع فان محمدا قال في الاصل ان لم يطلب مكانه بطلت شفعته قال القدوري في شرحه وهذا يقتضي ان الطلب علي المجلس ثم قال الكرخي وقال ابن سماعة عن ابي يوسف ان لم يطلب حين بلغه بطلت شفعته وقال في موضع اخر فان لم يطلب ساعتئذ بطلت شفعته قال وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف قال القدوري وهذا يقتضي ان الطلب علي الفور ثم قال الكرخي وقال ابن رستم عن محمد اذا بلغت الشفعة صاحبها فسكت فهو رضا وهو ترك للشفعة قال القدوري وهذا يدل علي انه علي الفور ثم قال الكرخي وقال هشام عن محمد في نوادره اذا بلغه فسكت هنيهة ثم ادعاها من ساعته فهو علي شفعته قال القدوري وهذا يفيد المجلس وقال ابن ابي ليلي ان ترك الطلب ثلثة ايام بطلت شفعته وقال الشعبي ان تركها يوما بطلت وقال شريك لا يبطل ابدا حتي يبطلها بقوله كذا ذكر القدوري في شرحه وقال في شرح الاقطع وللشافعي اربعة اقوال احدها انها علي الفور والاخر ثلثة ايام والاخر علي التابيد الا ان للمشتري مطالبة الشفيع بالاخذ والاسقاط والرابع انها علي التابيد وليس للمشتري مطالبة الشفيع بشيء وجه رواية الفور قوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها وقوله عليه السلام انما الشفعة كنشط عقال ان قيد ثبتت والا ذهبت ووجه رواية المجلس انه خيار تملك كخيار القبول والمخيرة ولانه يحتاج الي ان ينظر هل يصلح له الاخذ او لا يصلح وذلك لا يمكن علي الفور واذا ثبت انها في المجلس في اصح الروايتين كان علي شفعته ما لم يقم او يتشاغل بغير الطلب قوله وهو ان يطلبها كما علم اي علي الفور سواء كان عنده انسان او لم يكن وفي كتاب الاجناس نقلا عن كتاب الشفعة لموسي بن نصر صاحب محمد بن الحسن يحتاج الشفيع ان يطلبها ساعة بلغه البيع ويتكلم بلسانه بالطلب حضره الشهود او لم يحضره وقال الحسن بن زياد من قبل نفسه ليس عليه ان يتكلم بالطلب اذا لم يكن بحضرته احد قوله لما ذكرنا اي ما ذكر قبل هذا الباب باحد عشر خطا بقوله لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض قوله وعلي هذا عامة المشايخ يعني ان عامة المشايخ علي ان طلب الشفعة علي الفور قوله وعنه ان له مجلس العلم اي روي عن محمد ان للشفيع مجلس العلم قوله وبالثانية اخذ الكرخي اي بالرواية الثانية اخذ الكرخي قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره بعد ما ذكر فيه روايات الاصل والنوادر وليس هذا عندي اختلافا في رواية ولا معني لان جميع هذه العبارات انما اريد بها ان لا يكون الطلب متراخيا عن حال بتراخيها يدل علي ترك المطالبة بالشفعة والاعراض عنها وهو عندي علي مثال ما قالوا في المخيرة في الطلاق في رجل قال لزوجته امرك بيدك وكخيار المشتري اذا اوجب له البايع البيع

بردادي

قال قد بعتك هذا العبد بالف فللمشتري خيار الرد والقبول في المجلس ما لم يظهر منه ما
يستدل به على الاعراض عن الجواب والترك له **قوله** ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله
او لا حول ولا قوة الا بالله او قال سبحان الله لا يبطل شفعته ذكره تفريعا
على مسئلة القدوري قال الكرخي في مختصره قال هشام في نوادره سالت محمدا عن
رجل قيل له ان فلانا باع داره وهو شفيعها فقال الحمد لله قد ادعيت شفعتها
او لقي صاحبه الذي يدعي الشفعة قبله فبداه بالسلام قبل ان يدعي الشفعة ثم ادعاها
قال محمد هو في هذا كله على شفعته الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله واورد القدوري في
شرحه سؤالا وجوابا فقال فان قيل اذا قال الحمد لله او سبحان الله فهو اعراض قلنا هذا
يذكر لافتتاح الكلام فلا يدل على اعراضه فكذلك السلام وتشميت العاطس ليس بعمل
يدل على الاعراض وكذلك لا يبطل به خيار المخيرة واما قوله من ابتاعها وبكم بيعت فليس
باعراض وانما هو سبب الطلب الا ترى انها قد تصلح له بثمن دون ثمن ويصلح في مجاورة رجل دون
غيره والمسئلة عن ذلك من اسباب الشفعة فلا يسقطها وقال في النوادر سئل ابو بكر البلخي عن
الشفيع اذا سلم على المشتري قال بطل شفعته **قوله** ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة
ذكره على سبيل التفريع ايضا قال الفقيه ابو الليث في كتاب العيون قال هشام سالت محمدا عن رجل
حين طلب الشفعة انا اطلبها ولم يقل قد طلبتها قال هو على شفعته لانه يعني بقوله انا اطلبها قد طلبت
قال الناطفي في الاجناس قال في الهاروني اذا قال الشفيع اشهدكم على شفعتي كان ذلك منه طلبا وله
الشفعة وفي نوادر ابي يوسف علي بن الجعد لو قال الشفيع لي فيها شفعة وانا اطلبها كان طلبا صحيحا
وله الشفعة ولو قال لي فيما اشتريت شفعة لا يكون طلبا وبطلت شفعته لانه اخبر عما في نفسه ولم
يطلبه ولا كذلك وقال محمد في نوادر هشام قول الشفيع قد ادعيت شفعتها كان ذلك طلبا صحيحا
الى هنا لفظ الاجناس وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولفظ الطلب روي عن محمد بن مقاتل
الرازي ان الشفيع يقول طلبت الشفعة واطلبها وانا طالبها وعن محمد بن سلمة انه يقول طلبت الشفعة
فحسب وروي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني انه يقول لا يراعي الفاظ الطلب فاذا طلب الشفعة
باي لفظ كان بعد ان يعرف انه قد طلبها فقد كفى لان محمدا لم يشتغل في كتبه بمراعاة اللفظ
قوله واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى تجتمع بذلك رجلان او رجل و
امراتان او واحد عدل عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حر

كان

٨

كان او عبدا صبيا كان او امراة اذا كان الخبر حقا ذكره ايضا على سبيل التفريع قال الشيخ
ابو الحسن الكرخي في مختصره قال بن شجاع عن الحسن والنص عن الحسن عن ابي يوسف اذا
اشترى الرجل دارا فبلغ الشفيع فعليه ان يشهد اذا بلغه ذلك كان المخبر حرا او عبدا او صبيا
او امراة عدلا او غير عدل اذا كان الخبر حقا قال ابو الحسن وكذلك روى محمد عن ابي يوسف
وهو قوله وروى هشام عن محمد قال سمعته يقول اذا اخبر الشفيع رجل واحد وكان حرا
حقا او اخبره صبي وكان الخبر حقا بطلت شفعته فاما في قياس قول ابي حنيفة فحتى يجتمع
رجلان او رجل عدل الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وجه قول ابي حنيفة ان هذا الخبر اخذ
شبها من اصلين من الشهادة لانه يوجب الضمان على المولى فيما اذا اخبر بجناية عبده فاعتقه
حيث يصير مختارا للفداء او يسقط حق الشفيع واخذ شبها من الاخبار لانه لا يعتبر فيه
لفظ الشهادة فالحق بالشهادتين فاعتبر فيه احد شطري الشهادة اما العدد او العدالة
ووجه قولهما انه من اخبار المعاملات فيقبل فيه قول الواحد عدلا كان او غير عدل كسائر
اخبار المعاملات **قوله** وقد ذكرناه بدلائله واخواته فيما تقدم اي في اخر فصل
القضاء بالمواريث من كتاب ادب القاضي ومن اخواته المولى اذا اخبر بجناية عبده فاعتقه
والبكر اذا سكتت بعد ما اخبرت بانكاح الولي والذي اسلم ولم يهاجر الينا فاخبر بالشرايع ففي
كل ذلك يشترط في المخبر العدد او العدالة عند ابي حنيفة خلافا لهما **قوله** وهذا بخلاف المخيرة
اذا اخبرت عنده اي عند ابي حنيفة يعني ان المراة اذا اخبرت ان زوجها قد خيرها في نفسها
صارت المراة مخيرة سواء كان المخبر عدلا او غير عدل حتى اذا اختارت نفسها في مجلسها
يقع الطلاق في الاملاك بخلاف مخبر الشفعة حيث يشترط فيه اما العدد او العدالة عند
ابي حنيفة **قوله** وبخلاف ما اذا اخبره المشتري يعني ان المخبر بالشفعة اذا كان هو المشتري
وقال اشتريت دار فلان لا يشترط فيه العدد او العدالة حتى اذا سكت الشفيع عند
الاخبار ولم يطلب الشفعة بطلت شفعته لان المشتري خصم للشفيع ولا يشترط ذلك في
الخصوم **قوله** والثاني طلب التقرير والاشهاد اي الثاني من انواع الطلب طلب الاشهاد
وبيانه ما قال في الكتاب اي بيان هذا الطلب ما قال القدوري في مختصره وهو قوله
ثم ينهض منه فيشهد على البائع ان كان المبيع في يده او على المبتاع او عند العقار فاذا فعل ذلك
استقرت شفعته الى هنا لفظ القدوري ومعنى قوله ينهض اي يقوم الشفيع من المجلس

قال الشيخ ابو الحسن الكرخي رحمه الله في مختصره واذا بيعت الدار في مصر والبايع
والمشتري والشفيع في ذلك المصر او في مدينة او قرية وهم حضور جميعا في ذلك الموضع
الذي فيه المبيع فان الشفيع ان قصد الى الدار المبيعة او الارض فاشهد عندها او على
ذلك جاز وان قصد البايع او المشتري والدار غير مقبوضة واشهد صح ذلك له فان قبضت
الدار فلا خصومة بينه وبين البايع ولا علقة فان اشهد عند الدار صح وان اشهد عند المشتري
والدار غير مقبوضة صح الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قال الشيخ الامام علاء الدين
الاسبيجابي رحمه الله في شرح الكافي ثم يذهب على الفور اي بعد طلب المواثبة الى الدار او
الى البايع او الى المشتري فيطلب الشفعة عند واحد من هولاء ويشهد على ذلك ويسمي
هذا الطلب التقرير ولو ترك هذا او اخر من غير عذر بطل شفعته وانما يجب الطلب والاشهاد
على الفور لان الشرع اثبت الشفعة نظرا للشفيع على وجه لا يتضرر به المشتري او البايع
فلو قلنا لا يبطل حقه بالتاخير ادى الى الضرر بالمشتري لانه يتصرف في الدار على تقدير انه لا
يطلب الشفعة والظاهر هذا ثم يطلب الشفعة بعد زمان فينتقض تصرفاته في الدار فيؤدي
ذلك الاضرار به والغرور في حقه وينبغي ان يذهب الى اقربهم حتى لو ترك الاقرب وذهب الى
الابعد واشهد على الطلب يبطل حقه فالحاصل انه متى ترك الطلب مع امكان الطلب
يبطل حقه وان ترك او اخر لعدم الامكان لا يبطل وقالوا هذا اذا كانوا على طريق واحد
فاما اذا كانت الطرق مختلفة في الذهاب اليهم لا يبطل حقه بالذهاب الى الابعد لانه
ربما يكون به عذر في طريق لا يكون ذلك في طريق اخر كذا في شرح الكافي وقال في الفتاوى
الصغرى الشفيع اذا ترك الاقرب وطلب عند الابعد فان كان الشفيع او الابعد خارج المصر
يبطل الشفعة وان كان كلاهما في المصر لا يبطل استحسانا وقال في الاجناس قال في
نوادر ابن رستم عن محمد ان كان البايع او المشتري بخراسان والدار بالعراق ان للشفيع
ان يخاصم المشتري اذا كان بخراسان ولا يبطل شفعته واذا كان الشفيع بالعراق عند الدار
اشهد عند الدار على طلب الشفعة وليس عليه ان ياتي خراسان فيخاصم هناك ولو خرج الى خراسان
وطلب هناك ولم يطلب عند الدار بطلت شفعته وهذا تفسير ما اطلقه محمد في كتاب الشفعة
الاصل قال فيه فان المشتري قد ظهر ببلد ليس فيه الدار ليس على الشفيع ان يطلبه
في سوى البلد الذي فيه الدار معناه الشفيع في البلد الذي فيه الدار والمشتري ظهر

كان

9

في بلد اخر وقال في خلاصة الفتاوى الشفيع اذا علم بالليل ولم يقدر على الخروج والاشهاد
فان اشهد حين اصبح صح **قوله** لان للاول اليد اراد بالاول البايع وللثاني الملك اراد بالثاني
المشتري **قوله** وعن ابي يوسف انه يشترط تسمية المبيع وتحديده قال الكرخي في مختصره
قال بشر وعلي بن الجعد عن ابي يوسف قال فان كان الشفيع غايبا فاذا علم فله من الاجل بقدر
المسافة اما ان يقدم واما ان يبعث وكيلا في طلبها وذكر بعد ان يشهد حين علم انه على شفعته
ويسمي الدار والارض والموضع ويحدد حتى يستوثق لنفسه قال القدوري في شرحه و
انما شرط ابو يوسف تسمية المبيع والتحديد لان المطالبة لا تصح الا في معلوم فاذا اشهد
على الطلب ولم يبين المطلوب لم يكن للمطالبة اختصاص بمبيع دون مبيع ولا يتعلق بها حكم
قوله والثالث طلب الخصومة والتمليك اي الثالث من انواع الطلب طلب الخصومة و
التمليك وسماه في شرح الكافي طلب الاستحقاق وهو ان يرفع الشفيع الامر الى القاضي
فيثبت حقه عنده بالحجة **قوله** وسنذكر كيفيته من بعد ان شاء الله تعالى اي كيفية
طلب الخصومة والتمليك بعد هذا عند قوله واذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى الشراء
وطلب الشفعة الى اخره **قوله** قال ولا يسقط الشفعة بتاخير هذا الطلب عند ابي حنيفة
اي قال القدوري في مختصره لا يسقط الشفعة بتاخير طلب الخصومة والتمليك قال
صاحب الهداية وهو رواية عن ابي يوسف وانما قال كذلك لان القدوري لم يذكر
قول ابي يوسف في مختصره ثم قال القدوري في مختصره وقال محمد ان تركها شهرا
بعد الاشهاد بطلت قال الشيخ ابو جعفر الطحاوي في مختصره واذا اشهد الشفيع على
شفعته ثم تراخى بعد ذلك عن طلبها وقد امكنه ذلك فان ابا حنيفة وابا يوسف قالا هو على شفعته
ابدا ما لم يسلمها او يدنا اخذه وقال محمد ان طلب فيما بينها وبين شهر قضي له بها وان تركها حتى
يمضي شهر لا يطلبها فيه لم يقض له بها الى هنا لفظ الطحاوي فيه وقال الكرخي في مختصره
واذا بلغ الشفيع بيع الدار التي هو شفيعها واشهد على طلب الشفعة ثم ترك الخصومة فيها
بعد اشهاده فان ابن سماعة قال سمعت محمدا يقول في رجل اشترى دارا فطلب الشفيع
الشفعة واشهد على المشتري بذلك فهو على شفعته ابدا في قول ابي حنيفة وقال
محمد استحسن شهرا اذا ترك ذلك شهرا من غير عذر بطلت شفعته وقال بشر وعلي
بن الجعد عن ابي يوسف اذا علم الشفيع فاشهد ثم كف عن الطلب ولم ياخذ في المطالبة

فلا شفعة له وقال الحسن بن زياد اذا بيعت دار ولها شفيع والبايع والمشتري حاضران
فعلم بذلك الشفيع فاشهد انه علي شفعته ثم كف عن الطلب فلم يخاصم فان مكث بعد ذلك شهرا
او اكثر لم يكن له شفعة الا ان يكون القاضي عليلا او غائبا فان له في ذلك عذرا وهو علي شفعته
ابدا اذا جلس القاضي وذلك علي قياس ابي حنيفة وزفر وابي يوسف وبه ناخذ وحكي عن ابي يوسف
انه قال هو علي شفعته ما لم يمكنه التقدم الي القاضي بقدر ما يطرح رقعته قال
وهذا قول ابي يوسف وقال زفر ما بينه وبين شهر وقال النضر عن ابي حنيفة انه
قال شفعته ابدا اذا اشهد وقال ابن سماعة في نوادره سمعت ابا يوسف قال في الشفيع
اذا اشهد علي طلب الشفعة ثم لم يخاصم ولم يتقدم الي القاضي في الشفعة في مثل ما يقدر علي
التقدم الي القاضي فيه فقد بطلت شفعته قال وان اشهد علي الطلب ثم تقدم الي القاضي مرة او مرتين
فهو علي شفعته وقال ابن رستم عن محمد اذا هو اشهد ثم مكث شهرا بطلت شفعته الا من
عذر حبس او مرض لا يقدر ان يوكل قال ولا يصدق علي العذر بقوله الا ان يعلم ذلك منه
قال هشام سالت محمدا عن قول ابي حنيفة فيمن طلب الشفعة عند غير القاضي ثم سكت
قال هو علي شفعته ابدا ما لم يبطل باللسان فقد تركنها وكذلك قول ابي يوسف قال محمد اما
في قولي فان سكت بعد الطلب شهرا بطلت شفعته الي هنا لفظ الكرخي في مختصره قال القدوري
في شرحه فحصل من هذه الروايات ان عند ابي حنيفة اذا اشهد لم تسقط الشفعة بالتاخير
الا ان يسقطها بلسانه وهو احدي الروايتين عن ابي يوسف وقال في الرواية الاخري
اذا ترك المخاصمة الي القاضي في زمان يقدر فيه علي المخاصمة بطلت شفعته ولم يوقت
وقال محمد وزفر اذا اخر المطالبة بعد الاشهاد شهرا من غير عذر بطلت شفعته قال
ابو الحسن وهو قياس قول ابي حنيفة الي هنا لفظ القدوري رحمه الله وجه قول
محمد ان الشفعة لو لم يسقط بالتاخير لزم الضرر بالمشتري والضرر مرفوع شرعا
لانه لا ضرر ولا ضرار في الاسلام بيانه انه لو جاز تاخير المخاصمة ابدا لامتنع المشتري
عن التصرف بالبناء والغرس مخافة نقض الشفيع وهذا ضرر لا محالة الا تري ان الشفعة
تثبت للشفيع دفعا للضرر عنه فكما لم يجز الحاق الضرر به لم يجز الحاق الضرر بالمشتري
ايضا ثم قدر محمد التاخير الي شهر لان ما وراه في حكم الكثير وما دونه في حكم اليسير بدليل انه
لو حلف وقال ليقضين دينه عاجلا فقضاه فيما دون الشهر بر في يمينه ولكنه قال ان الاجل

شهرا من غير عذر بطلت شفعته لان الشفعة انما تسقط بالتاخير لتفريطه في
الطلب فاذا كان عذر مانع من الطلب لا يكون التاخير تفريطا ووجه قول ابي يوسف
انه اذا ترك الطلب في مجلس من مجالس القاضي دل ذلك علي الاعراض فيبطل شفعته
وقال القدوري في شرحه ولم يقدر ابو يوسف التاخير بمقدار بل جعله علي ما يراه القاضي
لان ذلك يختلف باختلاف الاحوال ووجه قول ابي حنيفة ان المطالبة حق متعلق بعقد
البيع فلا يسقط بعد استقراره بالتاخير كالرد بالعيب والجواب عن دفع الضرر
فنقول ان دفع الضرر عن الشفيع واجب وان ادي ذلك الي ضرر المشتري الا تري
ان اخذ الملك منه ضرر به ومع هذا يجوز ولهذا اذا كان الشفيع غائبا فاخر المطالبة
لا يسقط الشفعة مع لزوم الضرر بالمشتري فكذا اذا كان الشفيع حاضرا فاخر لان
الضرر يلزم علي كلا التقديرين ثم لم يعتبر الضرر في الغيبة فينبغي ان لا يعتبر في الحضرة
ايضا واما عدم قدرة المشتري علي البناء والغرس فلا يلزم ابا يوسف لان الشفيع عنده ياخذ
بالثمن وقيمة البناء والغرس فلا ضرر اذن وكذا لا يلزم ابا حنيفة لانه ضرر التزمه المشتري
بدخوله في العقد **قوله** وجه قول ابي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوي
وهذا الذي ذهب اليه صاحب الهداية هو الذي اخذ به الطحاوي في مختصره والكرخي
اخذ برواية الشهر الا ان يكون القاضي عليلا او غايبا **قوله** قال واذا تقدم الشفيع
الي القاضي فادعي الشراء وطلب الشفعة سال القاضي المدعي عليه فان اعترف بملكه الذي
يشفع به والا كلفه اقامة البينة اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الشفيع لا يكون
خصما للمشتري حتي يكون له ملك يستحق به الشفعة وهذا المعني لا يعلمه القاضي فلا جرم
يسال المدعي عليه وهو المشتري فان اقر بملك الشفيع الذي يشفع هو به صار خصما وان انكر
المشتري ملك الشفيع وقال الدار التي في يده ليست له وانما هو ساكن فيها كلف القاضي الشفيع
اقامة البينة علي ان الدار التي هو فيها ملكه ليثبت كونه خصما لان الخصومة في الشفعة فرع علي ثبوت
السبب وهي المجاورة او الشركة فاذا لم يثبت لم يصح اثبات ما هو فرع عليه وقال زفر وهو
احدي الروايتين عن ابي يوسف ليس عليه اقامة البينة علي الملك لان اليد دليل علي الملك الا تري
ان الشهود يشهدون بالملك بمشاهدة اليد فوجب ان يقضي بالشفعة لاجلها ولنا ان اليد
ظاهر في الملك والظاهر يدفع به الدعوي ولا يستحق به علي الغير فلو قضي بالشفعة بظاهر

البد لزم اثبات الاستحقاق على العبد وذلك لا يجوز ولهذا قالوا اذا زعم المقذوف انه حر وقال
القاذف هو عبد لم يجب الحد حتى يقيم المقذوف بينة على الحرية وذلك لان الظاهر الحرية
الا انه لا يستحق بهذا الظاهر حقا على الغير وكذلك المقطوعة يده اذا زعم انه حر وطلب
القصاص من القاطع فقال القاطع هو عبد لم يجب القصاص حتى يثبت الحرية لهذا المعنى
وكذلك قالوا في المشهود عليه اذا زعم ان الشاهد عبد لم يقض عليه بظاهر الحرية
وكذلك اذا زعمت العاقلة ان القاتل عبد لم يتحملوا عنه الدية حتى يثبت انه حر
كذا ذكر القدوري في شرحه قال صاحب الهداية يسال القاضي المدعي قبل ان يقبل
على المدعا عليه عن موضع الدار وحدودها اي يسال المدعي عن موضع الدار التي طلب الشفعة
فيها ويقول الشفيع دار فلان في بلدة كذا في محلة في سكة ويبين حدودها الاربع لانه ادعى
حقا في الدار والدعوى لا تصح الا في المعلوم وعلمها يتحقق ببيان هذه الاشياء فيلزم ذلك كما
اذا ادعى رقبة الدار وشرط في الفتاوى بيان حدود دار الشفيع التي طلب الشفعة بها بان
قال انا شفيعها بالجوار بداري التي احد حدودها كذا والثاني كذا والثالث كذا والرابع كذا
ولا يشترط تحديد دار الشفع على ما قال الخصاف بل اذا قال انا شفيع الدار التي اشتراها فلان
من فلان وهي في بلدة كذا في محلة كذا في سكة كذا وبين حدودها بداري التي تلاصقها كفى وان لم
يذكر حدود داره قال الفقيه ابو الليث واما الطلب عند الحاكم ان يقول اشترى هذا
الدار التي احد حدودها كذا والثاني كذا والثالث كذا والرابع كذا وانا شفيعها
بالجوار بداري التي احد حدودها كذا والثاني كذا والثالث كذا والرابع كذا طلبت
اخذها بشفعتي فمره تسليمها الي بشفعتي هذه **قوله** قال فان عجز عن البينة
استحلف المشتري بالله ما تعلم انه مالك للذي ذكره مما يشفع به اي قال القدوري في
مختصره وهذا عطف على قوله كلفه اقامة البينة يعني ان عجز الشفيع عن اقامة البينة
على ان الدار التي في يده ملكه استحلف القاضي المشتري على العلم بالله ما تعلم ان الدار التي في
يد الشفيع ملكه وانما يستحلفه اذا طلب الشفيع ذلك لانه ادعى على المشتري معنى لو اقر به المشتري
لزمه وانما يحلف على العلم لا على البتات لانه استحلاف على فعل الغير والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم
لليهود في القسامة ليحلف منكم خمسون رجلا خمسين يمينا بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا
فكان ذلك اصلا في ان اليمين اذا كانت على فعل المدعا عليه كان على البتات واذا كانت على فعل الغير

كانت على العلم وتمام البيان فيه مر في كتاب الدعوى في فصل كيفية اليمين **قوله**
فان نكل او قامت للشفيع بينة هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه سأله القاضي
هل ابتاع ام لا فان انكر الابتياع قيل للشفيع اقم البينة اي اذ نكل المشتري عن اليمين على العلم
او قامت للشفيع بينة على ان الدار ملكه ثبت ملك الشفيع وصار به خصما اما ثبوته بالبينة
فظاهر وكذلك بالنكول لانه بمنزلة الاقرار عندهما وعند ابي حنيفة بمنزلة البدل وحق
الشفيع مما يصح بذله فيثبت الملك بالنكول فاذا كان الشفيع خصما لزم خصمه جوابه
فيسأله عن دعوى الشفيع فان انكر الابتياع يقال للشفيع اقم البينة على الشراء لا الادعاء
وخصمه ينكره فكان على الشفيع اقامة البينة على ذلك **قوله** قال فان عجز عنها استحلف
المشتري بالله ما ابتاع او بالله ما استحق علي في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره
اي قال القدوري في مختصره اي ان عجز الشفيع عن اقامة البينة على الشرا استحلف القاضي
المشتري بالله ما ابتاع وهذا استحلاف على السبب او استحلف المشتري بالله ما استحق الشفيع
على هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره وهذا استحلاف على الحاصل اعني انه استحلاف
على حكم الشيء في الحال والاصل في الاستحلاف هو الاستحلاف على الحاصل عندهما وعند ابي
يوسف على السبب الا اذا وجد التعريض من المدعا عليه فحينئذ يحلف على الحاصل والكلام فيه
مستقصى في فصل كيفية اليمين قال في شرح الاقطع فالذي ذكره في الكتاب انما هو
قول محمد رحمه الله وقال ابو يوسف يحلفه بالله ما ابتاع الا ان يعرض فيقول قد يشتري الانسان
الشيء ثم ينفسخ العقد فلا يمكن استحلافه كذلك فيحلفه بالله ما يستحق عليه شفعة وجه
قول ابي يوسف ان اليمين حق المدعي فيجب ان يكون بحسب دعواه ما امكن والدعوى وقعت
على اصل البيع فيكون اليمين على ذلك الا ان يعرض بما لم يمكن استحلافه معه ووجه قول محمد
رحمه الله انه يجب ان يراعي حق المدعي والمدعا عليه وفي الاستحلاف على استحقاق الشفعة
ايفاء بحقهما وفي الاستحلاف على اصل البيع اسقاط لحق المدعى عليه لجواز ان يكون قد فسخ
العقد فما كان فيه ايفاء حقهما فهو اولى واما قوله في الكتاب في صفة اليمين من الوجه
الذي ذكره فليس بشرط وانما هو على وجه التاكيد لان بيمينه قد نفت وجوب الشفعة من
كل وجه **قوله** وانما يحلفه على البتات اي يحلف القاضي المشتري في انكار الابتياع فيقول
بالله ما ابتعت ويقول بالله ما يستحق الشفيع على هذه الدار شفعة بخلاف استحلاف

المشتري على انكاره ملك الشفيع في الدار التي يسكنها الشفيع فانه يحلفه على العلم فيقول بالله
ما اعلم انه مالك لها **قوله** قال ويجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى
مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بالشفعة لزمه احضار الثمن اي قال القدوري في مختصره قال
صاحب الهداية وهذا ظاهر رواية الاصل وانما قال هذا ظاهر رواية الاصل ولم يقل هذا رواية
الاصل لانه لم يصرح في الاصل هكذا ولكنه ذكر ما يدل على ان القاضي يقضي بالشفعة من
غير احضار الثمن لانه قال للمشتري ان يحبس الدار حتى يستوفي الثمن منه او من
ورثته ان مات وقال القدوري في شرح مختصر الكرخي فظاهر رواية الاصل قول
ابي حنيفة وابي يوسف ثم قال وذكر ابو الحسن الكرخي في هذا الباب عن الحسن عن ابي
حنيفة مثل قول محمد ان القاضي لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وجه قولهما المشهور
ان الثمن انما يجب بعد انتقال الملك الى الشفيع وانما ينتقل بالقضاء فلم يجب على الشفيع
احضار ثمن لم يلزمه كما لم يجب على المشتري قبل البيع ولان المبيع ينتقل من
المشتري الى الشفيع كما ينتقل من البايع الى المشتري فاذا لم يقف الانتقال في احدهما
على احضار الثمن فكذلك في الاخر وجه قول محمد لان الشفعة تجب لازالة الضرر عن
الشفيع فلا يجوز له الحاق الضرر بالمشتري ولو قضى القاضي قبل احضار الثمن لم يأمن
ان يكون مفلسا فيتعجل ملك الدار ويتاخر الثمن عن المشتري وهذا لا يجوز وليس كذلك
البيع لان الملك ينتقل برضا البايع فكذلك استوفى ما فيه ضرر بوجه الاضرر فيه **قوله**
فاذا قضي له بالدار للمشتري ان يحبسه حتى يستوفي الثمن وينفذ القضاء عند محمد
ايضا لانه فصل مجتهد فيه يعني ان عند محمد لا يقضي بالشفعة قبل احضار الثمن ومع
هذا لو قضى بها قبل الاحضار ينفذ القضاء عنده ايضا لوقوعه في محل مجتهد فيه قال
الكرخي في مختصره فان عجل القاضي فقضى له بالشفعة بالثمن ثم ابى الشفيع ان يدفع الثمن
حبسه في السجن حتى يدفع المال ولا ينقض الاخذ بالشفعة لان هذا بمنزلة الشراء من البايع
للمشتري وقال الكرخي ايضا فان طلب الشفيع اجلا في المال اجله القاضي يومين او ثلثة
فان احضر المال والا ابطل شفعته ونقل في الاجناس عن نوادر بن رستم فان قال احضر
المال والا ابطل شفعته الشفيع ان لم اعطك الثمن الى ثلثة ايام فانا بريء من الشفعة او كان القاضي
هو الذي اجله ورضيا به فلم يعطه حتى مضت المدة بطلت الشفعة وقال في شرح الطحاوي

يؤجل الشفيع لاحضار الثمن قدر ما يرى فان احضر الثمن في تلك المدة قضى له والا ابطل شفعته
قوله فلو اخر اداء الثمن بعد ما قال له ادفع الثمن اليه لا يبطل شفعته لانها تاكدت
بالخصومة عند القاضي قال الكرخي في مختصره وقال بن سماعة سمعت محمدا قال في رجل
اشترى دارا فجاء الشفيع فطلب اخذها بالشفعة فقال المشتري هات الثمن وخذها
بشفعتك قال نعم وقال ابتكر به ثم لم يخاصمه الشفيع ولم يأت بالثمن حتى مضى شهر قال ابطل
شفعته استحسن هذا في شهر قال ولو خاصمه الشفيع الى القاضي فاقر المشتري انه شفيع
وقال هات الثمن وخذها فامره الحاكم ان يدفع الثمن اليه ويأخذ منه الدار فذلك له فان
اخره شهرا او اكثر من ذلك لم يبطل شفعته الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قال القدوري
في شرحه اما اذا لم يخاصم حتى مضى شهر بطلت شفعته عند محمد استحسانا ولم يبطل في
قولهما اذا كان اشهد وقد قدمنا هذه المسئلة واما اذا خاصمه في الشهر الى
القاضي وطلبه بالشفعة فقال له القاضي ادفع الثمن فاخره لم يبطل شفعته عند محمد لانه
يجعل ترك الخصومة في الشهر اعراضا عن الشفعة فاذا خاصم فيها الى القاضي لم يعرض فلم
يبطل شفعته ولهذا يجب ان يؤجل القاضي للشفيع اجلا حتى لا يستضر المشتري بالتاخير
قوله قال وان احضر الشفيع البايع والمبيع في يده فله ان يخاصمه في الشفعة اي قال القدوري
في مختصره وتمامه فيه ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد
منه ويقضي بالشفعة ويجعل العهدة عليه وقال الكرخي في مختصره فاذا صح الاشهاد على ما
ذكرنا واراد ان يقضي له بالدار بالشفعة فان كانت الدار لم تقبض احضر البايع والمشتري
جميعا فلا يقضي له حتى يحضرا جميعا فان احضر احدهما دون الاخر لم يحكم له فان كانت الدار قد
قبضت فالخصم هو المشتري وحده فاذا احضر حكم عليه فاذا حكم الحاكم بالشفعة على ما ذكرنا
والدار في يد البايع انتقض البيع الذي كان بين البايع والمشتري وسلم الشفيع الثمن الى البايع وكانت
عهدة الشفيع على البايع بالثمن ويرجع المشتري على البايع بالثمن اذا كان نقده الى هنا لفظ الكرخي
فيه اما ثبوت مخاصمة البايع فان له في الدار يدا مستحقة فكانت الخصومة ثابتة قبله كالمالك
ولان حق الشفيع يثبت بخروج المبيع من ملك البايع قبل دخوله في ملك المشتري وصار كمن ادعى انه
اشترى هذه الدار قبل هذا المشتري فيثبت له مخاصمة البايع الا ان القاضي لا
يحكم بينهما الا بحضور المشتري لان القضاء على البايع بالشفعة فسخ لملك المشتري فلا يجوز

الا بحضوره او بحضور من قام مقامه ولان له حقا في الحضور ليدلي بحجته فيتوقف الحكم على
حضوره واما اذا كانت الدار قد قبضت فالخصم هو المشتري وحده فاذا حضر حكم عليه
لان البائع لا ملك له ولا يد فصار بعد التسليم كالاجنبي فلا يعتبر حضوره في صحة الحكم قال
الكرخي واذا حكم الحاكم بالشفعة على ما ذكرنا والدار في يد البائع انتقض البيع الذي كان بين
البائع والمشتري ويسلم الشفيع الثمن الى البائع وكانت عهدة الشفيع على البائع ويرجع المشتري
على البائع بالثمن ان كان نقده اما فسخ البيع فهو المشهور من قولهم كذا قال القدوري في
شرحه ثم قال فيه وروى ابن سماعة عن ابي يوسف ان البيع لا ينتقض ووجه قولهم المشهور ان
حق الشفيع سابق لحق المشتري فاذا قضي له بالملك بحق سابق انفسخ ملك المشتري كما لو قضي
للمستحق ولان القضاء مسقط للقبض وما اسقط القبض ابطل البيع كهلاك المبيع ولابي يوسف
ان الشفعة انما تجب بسبب الشرا فصارت من حقوقه وحقوق الشي لا تنافيه ولان الشفعة
لما تعلقت بعقد المبيع لم يجز ان ينفسخ بها لان ذلك يؤدي الى سقوطها قال ابو يوسف
وقياس قول ابي حنيفة في جواز بيع العقار قبل القبض ينبغي ان لا ينفسخ البيع باخذ الشفيع لان
الشي ماخوذ من ملكه فكانه باعه قال وهذا ليس بصحيح لان المشتري من المشتري يقوم
قبضه مقام قبضه فلا يؤدي ذلك الى اسقاط القبض وقبض الشفيع لا يقوم مقام قبض المشتري
فيؤدي ذلك الى اسقاط القبض وقال الكرخي ايضا في مختصره وان اخذ الدار بالشفعة من
يد المشتري فالبيع الاول صحيح ويدفع الشفيع الثمن الى المشتري وعهدة الشفيع على
المشتري وذلك لان الشي انتقل من ملك المشتري فلم يجب بذلك فسخ بيعه كما لو باعه واورد
القدوري في شرحه هنا سؤالا وجوابا فقال فان قيل اذا كان الشفيع يستحق بسبب سابق
لحق المشتري فاذا اخذ الشي من يد المشتري انفسخ ملك المشتري كما ينفسخ اذا اخذ من يد
البائع اصله المستحق اذا اخذ من يد المشتري والجواب ان اخذ الشفيع من يد المشتري لو
كان فسخا لم يجز ان يقضي الا بحضور البائع فلما اتفقوا انه يقضي على المشتري بالشفعة بغير
حضور البائع دل على ان الاخذ منه ليس بفسخ ويفارق هذا الاستحقاق لانه يتبين بالاستحقاق ان
البائع لم يكن مالكا لما باع فاذا لم يجز المستحق بطل البيع وفي مسئلة الشفعة لا يتبين ان البائع لم
يكن مالكا وانما فسخنا البيع اذا اخذ من يد البائع لسقوط القبض وهذا لا يوجد اذا اخذ من المشتري
واذا ثبت ما ذكرنا قلنا ان كانت الدار اخذت من يد البائع فالعهدة عليه لان العهدة ضمان الثمن

عن

عند الاستحقاق والبائع هو القابض للثمن فكان رده عليه ولان البيع انفسخ بين البائع والمشتري
وانتقل المبيع من ملك البائع فكانت عهدته عليه فاما اذا اخذت من المشتري فان العهدة عليه
لانه هو القابض للثمن ولان الشي من ملكه وروى ابن سماعة وبشر بن الوليد عن ابي يوسف
ان المشتري ان كان نقد الثمن ولم يقبض الدار حتى قضي للشفيع بالشفعة بحضرة البائع و انتقل صح
المشتري فان الشفيع يقبض الدار من البائع وينقد الثمن المشتري وعهدته عليه وان كان لم
ينقد الثمن دفع الثمن الى البائع وعهدته عليه وذلك لان البائع اذا قبض الثمن ولم يبق له حق امساك المبيع
فالقضاء عنده ليس بفسخ لملك المشتري وانما هو استحقاق عليه فكان الثمن له واذا لم يقبض البائع
الثمن فان للبائع حبس المبيع حتى يستوفي فلم يتوصل الشفيع الى اخذ الدار الا بدفع الثمن الى البائع
كذا ذكر القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وهذا هو مذهبنا وعند ا ل في عهدة الشفيع
على المشتري في الوجهين وقال زفر عهدته على البائع في الوجهين كذا ذكر في شرح
الكافي ووجه قول الثاني ان التملك يقع على المالك والمالك عند اخذ الشفيع الدار هو المشتري
فيكون العهدة عليه ولزفر ان التملك في الحقيقة يقع على البائع لانه ياخذ الدار بطريق التقدم على
المشتري فيتحول الصفقة اليه وينزل منزلة المشتري في عين تلك الصفقة ثم تملك المشتري
واقع على البائع فكذلك من نزل منزلته ولكنا نقول انه يصير متملكا على البائع بعقد المشتري فان حكم
العقد واقع له لكن الشرع يحكم عليه ويجعل حكم عقده واقعا للشفيع فصار المشتري عند اخذ
الشفيع الدار من المشتري بمنزلة الوكيل والعهدة تلزم الوكيل دون الموكل غير انا
اعتبرنا جهة الوكالة في موضع اخذ منه لانه يمكن ان يجعل كالبائع في حقوق العقد لانه
تولى العقد بتمامه وقبل القبض ما تولاه بتمامه وقد قدم الشرع الشفيع عليه ومن ضرورة
تقدمه عليه ان يخرج هو من البين ولانه انما يرجع بالثمن على من اخذ الثمن وقد اخذ الثمن البائع فيكون العهدة
عليه ضرورة وقال في كتاب التفريع لاصحاب مالك وعهدة الشفيع على المشتري وذكر في الاستحقاق
لازم له دون البائع وسواء اخذ بالشفعة قبل القبض او بعده وقال الخرقي من اصحاب احمد بن حنبل
وعهدة المشتري على البائع **قوله** فينفسخ البيع فيما بينهما منه اي بمحضر من المشتري **قوله** اشارة
الى علة اخرى يعني ان العلة في فسخ البيع بحضور المشتري شيئان احدهما ان الملك الذي له
يقضى به للشفيع فلا بد من حضوره كيلا يقع قضاء على الغائب والثاني فسخ البيع على المشتري فلا
بد من حضوره ايضا لما قلنا ومعنى الفسخ انه يكون في حق الاضافة لا غير بان يكون البيع المضاف

الى المشتري في قول البايع بعت منك مضافا الى الشفيع كان البايع قال للشفيع بعت منك
بتحول الصفقة من المشتري الى الشفيع على ان يجعل البيع الذي وقع بين البايع والمشتري كانه وقع
بين البايع والشفيع وليس المراد ان ينتقض البيع اصلا لانه لو انفسخ من الاصل لم يكن للشفعة
وجود لان الشفعة تقتضي سابقة وجود البيع وهذا معنى قوله يبقى اصل البيع لتعذر انفساخه
قوله لانعدام قبض المشتري بالاخذ بالشفعة تعليل لقوله انه ينفسخ في حق الاضافة يعني
ينتفي قبض المشتري بسبب اخذ الشفيع الدار من البايع لا محالة فلما انتفى قبضه وجب القول
بالفسخ لكن لم يمكن الفسخ من الاصل لئلا يتعذر الشفعة فقيل بالانفساخ من حيث الاضافة
فحسب قوله ولهذا يرجع بالعهدة على البايع ايضاح لقوله يتحول الصفقة اليه اي الى الشفيع
قوله وفي الوجه الاول اي فيما اذا كان المبيع في يد البايع واخذ الشفيع منه قوله وقد
طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهي وقد اندرج ذلك فيما بينا قوله قال ومن اشترى دارا لغيره
فهو الخصم للشفيع اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه الا ان يسلمها الى الموكل يعني اذا
اشترى دارا لاجل غيره بالوكالة عنه يكون الوكيل الخصم للشفيع وذلك لان الشفعة من حقوق
العقد وحقوق العقد عندنا يتعلق بالعاقد فيتوجه الخصومة على الوكيل لانه العاقد فصار الوكيل
كالمشتري لنفسه بخلاف ما اذا سلم الدار الى الموكل حيث يتوجه الخصومة عليه لانه لم يبق للوكيل يد
في الدار ولا ملك فصار كالبايع اذا سلم الى المشتري يخرج من الخصومة بالتسليم غير ان البايع لا
يكون خصما اذا كانت الدار في يده حتى يحضر المشتري والوكيل اذا قبض خصم وان لم يحضر الموكل لان
المشتري لم يقم البايع مقام نفسه فلم يجز فسخ الملك عليه من غير حضوره واما الموكل فقد اقام الوكيل
مقام نفسه ورضي به فجاز ان يفسخ الملك بمخاصمته وان لم يحضر الموكل وقال الامام الاسبيجابي في
شرح الطحاوي ومن اشترى دار الرجل بامره وقبضها ثم جاء الشفيع فطلب الشفعة فانه ينظر ان
كان الوكيل لم يسلم الدار الى الموكل كان للشفيع ان يأخذ الدار منه ويكتب عهدته عليه وينقد الثمن
اليه ويدفعه الوكيل الى الموكل وان كان الوكيل سلم الدار الى الموكل اخذها منه وينقد الثمن
اياه ويكتب العهدة عليه وروي عن ابي يوسف انه قال لا يأخذ من يد الوكيل لانه انما اشتراها
للموكل وهو ليس بخصم فيها ولكن يقال سلم الدار الى الموكل ثم يأخذها الشفيع منه وفي ظاهر
الرواية ما ذكرنا انه يأخذ من يد الوكيل اذا كان في يده لان حقوق العقد راجعة الى العاقد فيكون
في حقوق عقده كالمالك والشفعة من حقوق العقد قوله وهذا لان الوكيل كالبايع من الموكل على ما

عرف وهو من مذهب الكرخي وقد اختلف مشايخنا في العقود التي يتعلق الحقوق فيها بالوكيل
ان الملك فيها ينتقل من الوكيل الى الموكل بعد انتقاله الى الوكيل ام ينتقل الى الموكل ابتداء فمذهب
الشيخ ابي الحسن الكرخي الى الاول وابو طاهر الدباس الى الثاني وبه قال الشافعي وقد مر البحث فيه
مستوفا في اوائل كتاب الوكالة قوله وكذا اذا كان البايع وصي الميت فيما يجوز بيعه لما
ذكرنا يعني يكون الوصي هو الخصم للشفيع اذا باع ما يجوز بيعه لانه العاقد وبيان ذلك ان الورثة
اذا كانوا كلهم كبارا حضورا ولا دين ولا وصية فليس للوصي بيع شيء من التركة لعدم الولاية على
الكبار فان كان الكبار غيبا فله بيع العروض دون العقار لان له ولاية الحفظ وان كان
الورثة صغارا فله بيع الكل لانه قايم مقام الاب ولو كانوا صغارا وكبارا فله بيع العروض و
العقار من نصيب الصغار والكبار عند ابي حنيفة وقالا له بيع نصيب الصغار من العروض
والعقار دون نصيب الكبار الحضور فان كانوا غيبا باع عروضهم لا عقارهم كذا في المختلف
قوله قال واذا قضي للشفيع بالدار ولم يكن راها فله خيار الرؤية اي قال القدوري
في مختصره وذلك لان الشفيع مع المشتري بمنزلة المشتري مع البايع ثم المشتري له ان يرد
بخيار الرؤية والعيب فكذلك الشفيع له ان يرد بالخيارين على الذي اخذ منه وان كان شرط
المشتري بشرط البراءة لان المشتري لم يكن نايبا عن الشفيع فلا يكون سقوط الرد في
حق المشتري سقوطا في حق الشفيع قال الامام العتابي في شرح الجامع الكبير الاخذ
بالشفعة شراء من وجه من حيث انه يملك بثمن معلوم حيث يثبت له خيار الرؤية وخيار العيب
واستيفاء حق من وجه حتى يستوي فيه القضاء وعدم القضاء والرضاء وعدم الرضاء ولو
بطل يبطل لا الى خلف حتى لا يكون المأخوذ منه ضامنا له سلامة البناء ونحو مثاله اذا اخذ
الشفيع الدار بالشفعة فله خيار الرؤية وخيار العيب سواء كان ذلك للمشتري او لم
يكن ولو بنى فيها بناء او غرس غرسا ثم استحقت الدار والعقار وامر بقلع البناء والغرس
يرجع على من اخذ منه بالثمن ولا يرجع بقيمة البناء والغرس عليه لانه لم يضمن له سلامة البناء
لانه اخذه على كره منه ان اخذه بقضاء وكذا اذا اخذه بغير قضاء لانه مستوف عين حقه
لانه انما يأخذ بحق متقدم على البيع لكونه متقدما على الدخيل فيستوي فيه القضاء وغير القضاء
كالرجوع في الهبة لما كان الراجع اخذ عين حقه بحق متقدم على الهبة يستوي فيه القضاء
والرضاء قوله فله ان يردها وان كان المشتري شرط البراءة منه اي للشفيع ولاية

كان ثم

الرد بالعيب وان المشتري ابرأ بايعه من عيب المبيع واسقط خياره فيه **قوله** ولا يسقط
بشرط البرأة من المشتري اي لا يسقط خيار العيب من الشفيع بسقوطه من المشتري اذا
شرط المشتري برأة البايع من العيب في حالة الشراء **قوله** فلا يملك اسقاطه اي لا يملك
المشتري اسقاط خيار الشفيع بالعيب والرؤية **فصل** في الاختلاف لما ذكر حكم
اتفاق الشفيع والمشتري ذكر حكم اختلافهما لان الاصل عدم الاختلاف **قوله** قال واذا
اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري اي قال القدوري في مختصره اذا قال
المشتري اشتريت بالفين وقال الشفيع اشتريت بالف فالقول قول المشتري مع يمينه
لان الشفيع يدعي على المشتري استحقاق المبيع بما يذكره من الثمن والمشتري ينكره فالقول قول المنكر
مع يمينه ولا يجب التحالف هنا لان المشتري لا يدعي على الشفيع شيئا لان الشفيع مخير بين اخذ
المبيع وتركه فلم يتحقق كونه مدعا عليه لانه هو الذي اذا ترك الدعوى لا يترك والشفيع اذا
ترك الدعوى يترك فلم يكن اختلافهما في معنى ما ورد عليه النص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف
المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا فلاجرم لم يجب التحالف **قوله** لتخيره اي لتخير
الشفيع **قوله** ولا نص هنا اي لم يرد نص بالتحالف في اختلاف الشفيع والمشتري **قوله**
قال ولو اقاما البينة فالبينة بينة الشفيع عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف البينة بينة
المشتري اي قال القدوري في مختصره اعلم انه اذا اقام احدهما البينة على الانفراد قبلت بينته
لانه نور دعواه بالحجة واذا اقاما جميعا فبينة الشفيع اولى عندهما خلافا لابي يوسف له ان
المشتري بمنزلة البايع في حق الشفيع لانه يستفيد الملك من جهته ثم البايع والمشتري اذا
اختلفا في الثمن واقاما البينة كان بينة البايع اولى لانها تثبت الزيادة والبينات وضعت
للاثبات فكذلك هنا كان بينة المشتري اولى لانها تثبت الفضل فصار كبينة الوكيل مع بينة
الموكل في اختلافهما في قدر الثمن حيث يكون بينة الوكيل اولى وكذلك اذا اختلف المشتري من العدو
والمولى القديم في ثمن العبد الذي باعه العدو يكون بينة المشتري اولى ولهما انه لا تنافي
بين موجبي البينتين فيجعل كان الامرين كانا فيثبت بحجة الشفيع البيع بالف ويثبت بحجة المشتري
البيع بالفين فكان الشفيع مخيرا ان شاء اخذ بما اثبت بينة الشفيع وان شاء اخذ بما
اثبت بينة المشتري وعلة اخرى اعتل بها ابو يوسف ولم ياخذ بها فقال البينات وضعت
للالزام وبينة الشفيع ملزمة لانه ياخذ الدار ببينته شاء المشتري او ابى وبينة المشتري

ليست بملزمة لان الشفيع ان لا ياخذ الدار والبينات وضعت للالزام فكان الاخذ ببينته
اولى ولانه اشبه بالمدعين لانه المدعي منا اذا ترك الدعوى فترك والشفيع بهذه الصفة
فكان العمل ببينته اولى والحاصل هنا ما قاله في شرح الطحاوي وهو
ان لابي حنيفة علتين في هذه المسئلة احداهما اعتل بها ابو يوسف لابي حنيفة و
لم ياخذ بها والاخرى اعتل بها محمد واخذ بها فاما علة ابي يوسف فلان الشفيع
ههنا اشبه بالمدعين لان علامة المدعي ان يكون مخيرا في دعواه واذا ترك
دعواه ترك وههنا الشفيع مخير في الدعوى والمشتري مجبور على الدعوى
والبينة انما تقبل من المدعي واما علة محمد لابي حنيفة التي اخذ بها فهي ان المشتري
ظهر منه اقراران اقرار بما قاله الشفيع واقرار بما يقوله هو وقد ظهر في حق الشفيع
عقدان جائزان فله ان ياخذ باحدهما شاء اذا كان العقد الثاني لا يفسخ العقد الاول
في حق الاخرى انهما لو تبايعا دارا بالف درهم ثم تبايعا بالفين فان العقد الثاني
يرفع العقد الاول في حقهما وفي حق الشفيع كلاهما قائمان حتى كان له ان ياخذ باي
العقدين شاء كذلك ههنا وهذا بخلاف البايع مع المشتري اذا اختلفا واقاما جميعا
البينة فان البينة بينة البايع لان ثمه لم يظهر الا عقد واحد لان العقد الثاني يرفع العقد
الاول في حقه فكذلك على العبارة الاولى لان البايع اشبه بالمدعي لانه لو ترك ترك
ولو اختلف الشفيع والمشتري في مقدار قيمة العرض الذي هو بدل الدار فان القول
قول المشتري مع يمينه فان اقاما جميعا البينة فالبينة بينة المشتري ايضا لانه
اثبت الفضل وهذا قولهما وهو قول ابي حنيفة على قياس العلة التي اعتل بها محمد
لانه ما ظهر هنا الا عقد واحد وهو العقد على عرض بعينه وانما اختلفا في قيمة العرض
الذي وقع عليه العقد وفي قول ابي حنيفة على قياس العلة التي اعتل بها ابو يوسف
ينبغي ان يكون البينة بينة الشفيع لانه اشبه بالمدعي وهكذا ذكر الطحاوي كذا في شرح
الطحاوي والجواب عما قاس على بينة الوكيل فنقول لا نسلم ان بينة الوكيل
اولى لان القدوري ذكر في شرحه لمختصر الطحاوي ان ابن سماعة روى عن محمد
رحمه الله ان بينة الموكل اولى لان البينتين تعارضتا في قول الوكيل احدهما له والاخرى
عليه فالتي عليه اولى فاذن لا فرق بين المسئلتين واما على الرواية المشهورة سلمنا

ان البينة بينة الوكيل ولكن نقول الشي ينتقل الى الوكيل بعقده اولا ثم ينتقل منه
الى الموكل ثانيا فينعقد بين الوكيل والموكل عقد اخر حكما فينفسخ العقد الاول به
فلا يظهر في حقه الا عقد واحد بين الوكيل والموكل فصار الوكيل كالبايع والموكل كالمشتري
اذا اختلفا واقاما البينة كان بينة البايع اولى فكذا يكون بينة الوكيل اولى لانه كالبايع
بخلاف الشفيع والمشتري فان العقدين قايمان في حق الشفيع فياخذ بايهما شاء لان الفسخ لا
يظهر في حقه وهذا معنى قوله وهو التخريج لبينة الوكيل والجواب عن قياسه على المشتري من العدو فنقول
لا نسلم ان بينة المشتري اولى من بينة المالك القديم لان محمدا رحمه الله ذكر في السير الكبير ان
بينة المالك القديم اولى فنمنعه ولئن سلمنا ان بينة المشتري اولى كما هو ظاهر الرواية فنقول
لا يظهر العقد الثاني بين المشتري وبين المالك القديم الا بانفساخ العقد الذي جرى بين
المشتري وبين العدو فلم يظهر الا عقد واحد فكان المثبت للزيادة اولى وهو بينة المشتري
بخلاف ما نحن فيه فان العقدين جميعا قايمان في حق الشفيع فله ان ياخذ بايهما شاء **قوله**
ولان بينة الشفيع ملزمة هذا دليل ثان عطفا على قوله لانه لا تنافي **قوله** قال واذا ادعى
المشتري ثمنا وادعى البايع الاقل منه ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع بما قال البايع وكان ذلك
حطا عن المشتري اي قال القدوري في مختصره ولا فرق بين ان يكون الدار في يد البايع او في
يد المشتري لانه اي ما ذكر الكرخي في مختصره بقوله فان اختلف البايع والمشتري والشفيع في
الثمن والدار في يد البايع او في يد المشتري ولم ينقد الثمن فالقول في ذلك قول البايع مع يمينه ان
كان اكثر مما قالا جميعا واقل الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك ان البايع اذا ادعى انه باع بالفين
وقال المشتري والشفيع بالف لم يجز استحقاق ملك البايع الا بقوله ويتحالفان ويترادان
وقد دل على ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قال البايع واما
اذا قال البايع بعتها بالف وقال المشتري بالفين وجبت الشفعة به وان كان على ما قال المشتري
فقد حط البايع بعض الثمن وحطه يثبت في حق الشفيع واما اذا قبض البايع الثمن لم يلتفت الى قوله
وكان القول قول المشتري مع يمينه لانه استوفى حكم العقد فصار كالاجنبي فلا يلتفت الى قوله
كذا ذكر القدوري في شرحه وتمام البيان فيه ما قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي واذا اختلف البايع والمشتري والشفيع في الثمن قبل نقد الثمن والدار مقبوضة
او غير مقبوضة اخذها الشفيع بما قال البايع ان شاء وهذا على وجهين اما ان يقع الاختلاف

بينهم على وجه يدعي البايع اكثر الثمنين او المشتري اما اذا ادعى البايع اكثر الثمنين بان قال
بعتها بالفي درهم والمشتري يقول اشتريتها بالف والشفيع يقول اشتريتها بخمس مائة
فان المشتري مع البايع يتحالفان لاختلافهما في الثمن وايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الاخر
فياخذها الشفيع بذلك ولو تحالفا يفسخ القاضي البيع بينهما ويعود الى ملك البايع واخذ الشفيع
الدار من يد البايع بما يقول البايع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع ويحلف البايع ينبغي
ان لا يحلف لانه حلف مرة وان كان الاختلاف على وجه يدعي البايع اقل الثمنين ياخذ بقول البايع
لان الثمن اذا كان كما قال فظاهر وان كان اكثر من ذلك فهو حط الثمن عن المشتري والحط عن المشتري
يكون حطا عن الشفيع وهذا اذا كان الثمن غير منقود وان كان منقودا ظاهرا وقد اقر باستيفاء
كل حقه لا يبقى له حق فيخرج من البين بقي الدعوى بين الشفيع والمشتري فياخذ بما يقول المشتري
ان شاء لانه يدعي التملك بخمس مائة والمشتري ينكر فيكون القول قوله الا ترى ان المشتري
بمنزلة البايع في حقه غير انهما لا يتحالفان لانه لا عقد بينهما وان كان نقد الثمن غير ظاهر ولكنه
يعرف باقراره ان الثمن الف درهم وقد استوفيته ياخذ بما يقول البايع لانه اخبر عن الثمن
في حال له ولاية البيان فيبني الحكم عليه وان قال استوفيت الثمن وهو الف درهم
والمشتري يقول الثمن الفا درهم ياخذ الشفيع بقول المشتري لانه لما اقر باستيفاء الثمن اولا
خرج من البين فلم يقبل بيانه وقد خرج من البين ولو قال البايع بعته بالفي درهم ولم انتقد الا الف
درهم لم ياخذها الشفيع ولا المشتري الا بالفي درهم لان المتملك هو فكان البيان اليه
وسمع بيانه لانه لم يقر باستيفاء كل حقه **قوله** قال وان كان قبض الثمن اخذ بما قال المشتري
ان شاء ولم يلتفت الى قول البايع اي قال القدوري في مختصره وذلك لان البايع لما قبض الثمن صار
كالاجنبي ولم يلتفت الى قوله كقول الاجنبي **قوله** ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البايع بعت
الدار بالف وقبضت الثمن ياخذها الشفيع بالالف ذكره تفريعا على مسئلة المختصر قال القدوري في
شرحه قالوا في البايع اذا قال بعت الدار بالف وقبضت الثمن وقال المشتري بالفين فان الشفيع ياخذها
بالف لان البايع لما بدا بذكر الثمن تعلقت الشفعة به فاذا قال بعد ذلك قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت
الى قوله لانه لما ابتداء واعترف بالقبض لم يبق له حق في العقد فلم يقبل قوله بعد ذلك كالاجنبي
وروى الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه ان البايع اذا اقر بقبض الثمن
والمبيع في يده وزعم انه الف وقال المشتري الفان فان القول ما قال البايع

يحتمل ان يسقط الاكثر الذي ليس للشفيع بلا بينة
فلا يرد ولو كان قبضا الثمن

ويأخذها الشفيع من يده بالف ويقال للمشتري اتبع البايع فخاصمه في الالف
الاخرى وهذا صحيح لان البايع انما يسقط قوله بقبض الثمن لكونه لم يبق له حق في المبيع
فصار كالاجنبي واما اذا كان المبيع في يده فهو الخصم والشفعة ماخوذة من ملكه
فكذلك رجع الى قوله **فصل** فيما يأخذ به المشفوع اي في العوض الذي يأخذ به الشفيع المبيع الذي
له فيه الشفعة فان حط البايع بعض الثمن يأخذه محطوطا وان زاد المشتري بعد البيع في الثمن لا
يأخذه بالزيادة بل يأخذه بما وقع عليه العقد ثم ان كان الثمن مثليا يأخذه بمثله وان كان
غير مثلي يأخذه بالقيمة اي بقيمة ذلك العوض الى اخر ما بينه في الفصل وهذا هو الظاهر
من كلام المصنف وبعضهم فسر ما يأخذ به المشفوع بالبيع وفيه بعد ثم ان المصنف
لما فرغ عن بيان الشفعة وسبب ثبوتها وشرائطها من الطلب ثم عن بيان الاختلاف بين الشفيع
والمشتري في الثمن شرع في بيان العوض الذي يعطيه الشفيع لانه مترتب على ما قلنا
من ثبوت الشفعة ومقدار الثمن **قوله** قال واذا حط البايع عن المشتري بعض الثمن
سقط ذلك عن الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع اي قال العقدوري في
مختصره وذلك لان الحط ملتحق باصل العقد على ما مر بيانه في البيوع فيصير كانه هو الموجود حالة
العقد فيأخذ الشفيع بذلك لانه يأخذه بالثمن والثمن هو الباقي بخلاف ما اذا حط جميع الثمن حيث
لا يلتحق باصل العقد فلا يسقط عن الشفيع شيء فلا جرم يأخذ بجميع الثمن لانه لو التحق باصل العقد
يخرج العقد عن موضوعه لانه يصير هبة لانه يبقى تمليكا بلا عوض ولا شفعة في الهبة وقال
في شرح الاقطع قال الشافعي ان كان الحط في مجلس العقد ثبت في حق الشفيع وان كان بعد المجلس
ولبس في البيع خيار اخذها بجميع الثمن وهذا لا يصح لان من يثبت الحط في حقه في المجلس ثبت بعده
كالمشتري فان قيل حط بعد لزوم العقد فلا يلحق به كحط جميع الثمن قيل له هناك لو لحق لاخرج العقد
عن موضوعه فلحق كحال المجلس **قوله** وقد بيناه في البيوع اي في فصل قبيل باب الربوا **قوله**
وان زاد المشتري البايع لم يلزم الشفيع الزيادة هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان في الزام
الزيادة الشفيع ابطال حقه لان الشفعة تعلق بالعقد الاول وفي الزيادة ضرر به فلا يجوز ومع هذا
لو اخذ بالزيادة جاز لانه له ان يسقط حقه قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي وان زاد البايع
في الثمن زيادة بعد العقد اخذ الشفيع الدار بالثمن الاول فلا يصح تغييرهما في حقه وكذلك لو باعها
المشتري من اخر بثمن اكثر من ذلك كان للشفيع ان يأخذها بالثمن الاول من المشتري الاخر ويرجع

المشتري الاخر على البايع الثاني بما نقد لان حق الشفيع تعلق بالعقد الاول ويكون العهدة على
المشتري الاول لانه اخذه بقضية العقد الاول ومتى انتقض العقد الثاني لم يسلم للمشتري الدار فيرجع
بالثمن وقد وصل اليه بعضه من يد الشفيع فيرجع بالبقية على بايعه ان كان قد دفع الثمن اليه ولو اخذه
بالبيع الثاني كان له ذلك ولا يكون تسليما للبيع الاول وهو يصلح سببا لاستحقاق الشفعة كالبيع الاول
ومتى اخذه بالشراء الثاني من يد المشتري الاخر كانت العهدة عليه ولا يرجع على بايعه بشيء لانه
وصل اليه تمام حقه وكذلك لو وهبها المشتري وسلمها او رهنها او تزوج عليها امراة كان
للشفيع ان يبطل ذلك كله ويأخذها بالشفعة الاولى لان هذه التصرفات تبطل حقه في البيع
الاول فكان له حق النقض ليعيدها على ملك المشتري ويأخذ بالحق الذي له وهذا بخلاف المشتري
شراء فاسدا اذا تصرف شيا من هذه التصرفات لا يكون للبايع حق النقض وان كان حق الاسترداد
ثابتا له لانه فعل ما فعل بتسليطه فكان ان لا يكون له حق النقض لتعلق حق الغير به بخلاف الشفيع وليس
لاحد من هؤلاء على الشفيع شيء من الثمن انما الثمن للمشتري الاول لان التملك وقع عليه ولا يأخذ الدار حتى
ينقد الثمن لانه عند تحول الصفقة اليه نزل منزلة المشتري والمشتري منزلة البايع فلا يكون بسبيل
من اخذه حتى يصل الثمن الى بايعه **قوله** قال ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع بقيمته اي
قال القدوري في مختصره والعرض بفتح العين وسكون الراء ما ليس بنقد كذا في ديوان الادب والمراد
منه المتاع القيمي وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي واذا وجبت الشفعة في البيع او في الهبة بعد
التقابض فاذا كان البدل مما له مثل وجبت الشفعة بمثله وان كان مما لا مثل له وجبت بقيمته وقال اهل
المدينة اذا لم يكن للبدل مثل وجبت بقيمة الدار وذلك لان الشفيع انما يستحق المبيع على الوجه الذي استحقه
المشتري فاذا استحقه بمكيل او موزون او معدود غير متفاوت استحقه الشفيع بمثل ذلك لان المثل اعدل من
القيمة وان كان البدل مما لا مثل له فالقيمة فيما اعدل من المثل فكان للشفيع الاخذ بالقيمة ولان الشفيع
اخذ من ملك المشتري فقد استحق المبيع عليه فصار كانه اتلف عليه الثمن فان كان له مثل وجب مثله والا وجبت
قيمته كما يجب في الاتلاف فان استحق من يد البايع فقد اسقط حق البايع من الثمن الذي لزم المشتري فكانه
اتلفه عليه والذي قال اهل المدينة فاسد لان من اشترى دارا قيمتها الف بعرض قيمته الفان فلو
اوجبنا عليه الشفعة بقيمة الدار استحققناها على البايع ببدل لم يرض به وهذا لا يصح ولا يقال فالبايع
لم يرض الا بالعرض ولم يرض بالقيمة لان القيمة مثل فيما لا مثل له وقد استحقت الشفعة **قوله** وان
اشتراها بمكيل او موزون اخذها بمثله وهذا لفظ القدوري ايضا وقد مر بيانه **قوله** وان باع

عقار بعقار اخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان كل واحد
من البدلين مما لا مثل له فيأخذ الشفيع بقيمة بدله قوله قال واذا باع بثمن مؤجل فللشفيع
الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل فيأخذها اي قال القدوري
في مختصره وهذا قول الشافعي في الجديد وقال في القديم يأخذها بثمن مؤجل فان كان الشفيع غير
ملي طالبه بكفيل كذا في شرح الاقطع وهذا اذا كان الاجل معلوما فاما اذا كان مجهولا كالحصاد و
الدياس ونحو ذلك وقال الشفيع انا اعجل الثمن واخذها لم يكن له ذلك لان الشراء بالاجل المجهول
فاسد وحق الشفيع لا يثبت في الشراء الفاسد كذا في الذخيرة وجه قول الشافعي في القديم وهو
قول زفر ان الاجل احدى صفتي الثمن فكان للشفيع الاخذ بها كالحلول وكما في السود ولنا ان الاجل
لا يثبت الا بالشرط ولم يوجد بين الشفيع والمشتري شرط اجل فلم يثبت ولان الاجل مدة ملحقة
بالعقد كالخيار ومعلوم ان المشتري لو شرط الخيار لنفسه ثم اخذها الشفيع لم يثبت له خيار
لانه لم يشترط له فكذلك هذا واذا لم يثبت الاجل في حق الشفيع كان بالخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان
شاء انتظر حتى يحل الاجل لان له ان يقول لا التزم الثمن بزيادة صفة لم يقع عليها البيع وان اختار
اخذها بثمن حال كان الثمن للبائع على المشتري الى اجله وذلك لان الملك انتقل من المشتري الى الشفيع
فكأنه باع الدار بثمن حال والشرط الذي جرى بين البائع والمشتري بقي بينهما كما كان لانه لا يبطل باخذ
الشفيع ولا نسلم ان الاجل صفة الثمن فلو كان صفة له كان تابعا للثمن فكان حقا لمن كان الثمن حقا له
والثمن حق البائع والاجل حق المشتري فعلم ان الاجل ليس بوصف للثمن والاخذ بالحال لا يؤدي الى
الاضرار بالمشتري والاخذ بالمؤجل اضرار به لانه لم يرض بالاجل بغير اختياره فيفسد القياس قال القدوري
في شرحه لمختصر الكرخي وقد روى بشر بن الوليد عن ابي يوسف في هذه المسألة ان الشفيع يجب ان
يطالب عند علمه فان سكت عن الطلب حتى يحل الاجل فذلك تسليم وقال ابن ابي مالك كان ابو يوسف يقول
هذا ثم رجع فقال اذا سكت ثم طلب عند محل الاجل فان له الشفعة وجه رواية بشر ان الشفعة واجبة
بالعقد ولهذا يملك اخذها بثمن حال وانما يتأخر الاخذ لاجل صفة الثمن فاذا ترك الاشهاد عند وجوب
الشفعة بطلت وجه رواية ابن ابي مالك ان الطلب انما يحتاج اليه للاخذ فاذا كان لا يتمكن للاخذ
لا يؤثر في شفعته فكذلك ترك الطلب قوله والاخذ بالشفعة به اي بالثمن قوله
وليس الرضا به اي بالاجل قوله في الملاءة اي الغنى وهو بفتح الميم مصدر قولهم
ملؤ الرجل والملي الغني المقتدر قوله ثم ولاه غيره اي باعه بالتولية قوله

قوله لما بيناه من قبل اشارة الى قوله في اخر باب طلب الشفعة وهو قوله لامتناع
قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ قوله خلافا لقول ابي يوسف رحمه الله قوله
قال واذا اشترى ذمي بخمر او خنزير وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير اي قال
القدوري في مختصره وقال الشافعي لا شفعة فيها فان اسلم المشتري للشفيع الشفعة وهما
ذميان لم اعترض عليهما وان اسلما كذا ذكر القدوري في شرحه لمختصر الكرخي لنا العمومات الواردة
في باب الشفعة مثل قوله عليه السلام الجار احق بسقبه ولانه بيع يقر عليه اهل الذمة فجاز ان يستحق
عليه الشفعة اصله البيع بسائر المباحات ولا يقال بيع الخمر فلا يستحق به الشفعة
كما لو باعها المسلم لانا نقول المسلم ممنوع من تمول الخمر والتصرف فيها والكافر ليس بممنوع
من ذلك قال القدوري وهذا فرع على اصلنا ان بيعهم في الخمر والخنزير بيع جائز فيجب
الشفعة فيه كالبيع بالخل والشاة فان كان الشفيع ذميا اخذها بمثل الخمر لانه يصح ضمانه له بمثله فان كان
خنزيرا اخذه بقيمته لانه لا مثل له وان كان الشفيع مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير لان المسلم لا يجوز
ان يقبض تسليم الخمر في ذمته ويجوز ان يلزمه قيمتها في حق الذمي كما لو استهلكها عليه قوله
قال وان كان شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير اي قال القدوري في مختصره وقد مر بيانه
آنفا وانما يأخذ بقيمة الخنزير لانه ليس بمثلي ويأخذ بقيمة الخمر ايضا وان كان مثليا لان المسلم
ممنوع من تمليك الخمر وتملكها فكانت كغير المثلي وتمام البيان فيه ما قال في شرح الكافي
واذا اشترى الكافر من كافر دارا بخمر او خنزير وشفيعها كافر اخذها بمثل ذلك الخمر
وبقيمة الخنزير لان البيع بالخمر والخنزير صحيح فيما بينهم فيثبت للشفيع حق الشفعة فان كان مثلها
اخذها بمثل الخمر لانها مثلي وبقيمة الخنزير لانه ليس بمثلي وان كان الشفيع مسلما اخذها بقيمة
الخمر ايضا لان اخذها بمثل الخمر في حقه متعذر وان اشتراها بميتة او دم فالشراء باطل
لان الميتة والدم ليس بمال في حق احد ولا شفعة له فيها لان الشفعة لا تثبت بالبيع الباطل واذا
اشتراها بخمر وشفيعها كافر ومسلم فهما سواء في الشفعة لانهما سواء في علته ويأخذ المسلم نصفها
بنصف قيمة الخمر والكافر نصفها بمثل نصف الخمر لان الاخذ بالمثل يمكن في حقه فان اسلم قبل
ان يأخذها لم يبطل شفعته لان الاسلام ليس بمبطل الحقوق ولكن يأخذ بقيمة الخمر كالمسلم الاصلي
سواء واذا اسلم احد المتبايعين والخمر غير مقبوضة والدار مقبوضة او غير مقبوضة انتقض البيع
لما عرف في البيوع ان للقبض حكم التملك فصار اخذ العوضين بحال لا يمكن تسليمه فينتقض

العقد ضرورة ولكن لا يبطل الشفعة لان انفساخ البيع مما لا يبطل به الشفعة ثم ياخذها
الشفيع بقيمة الخمر ان كان مسلما او كان الماخوذ منه مسلما وقال في الشامل اشترى ذمي
من ذمي دارا بخمر بعينها او بغير عينها ثم اسلما بطل البيع دون الشفعة لانه حق محتوم
ثبت بالبيع والطلب فلا يبطل بعارض بعده وقال ايضا اشترى بميتة تجب الشفعة فيها لانه
لم يصر وفاقا عند ابي حنيفة وعندهما ايضا لانه ليس بمباح وقال ايضا ذمي باع من ذمي دارا
بميتة لا شفعة فيها لانها ليست بمال حتى انهم لو كانوا يتمولون بها يثبت الشفعة وقال ايضا
باع المرتد دارا ثم قتل لا شفعة فيها عند ابي حنيفة خلافا لهما لان عند ابي حنيفة تصرف المرتد
موقوف فاذا اتصل به الموت يحكم بانه لم يكن صحيحا وعند ابي يوسف هو بمنزلة مريض وعند
محمد بمنزلة من عليه القصاص فتصرفه صحيح فكذلك هنا فلو اسلم قبل اللحاق جاز بيعه وللشفيع
الشفعة بالاجماع لما عرف وقال ايضا اشترى المسلم دارا والمرتد شفيعها فقتل لا شفعة له
ولا لورثته لانه بالقتل تبين انه في حكم من زال ملكه في وقت البيع ولا لورثته لان الملك ليس
بثابت لهم حقيقة وقال ايضا اشترى المرتد ثم قتل لم يبطل شفعة الشفيع لان الشفعة متعلقة
بالخروج من ملك البايع وقد خرج وقال ايضا المستامن في دار الاسلام بمنزلة الذمي في حق
الشفعة وقال ايضا المسلم اشترى في دار الحرب دارا فيها وشفيعها مسلم لا شفعة فيها وان اسلم
اهلها لان احكامنا غير جارية فيها فلا شفعة حال البيع كذا في الشامل **فصل** مسايله
مبنية على تغير المشفوع زيادة او نقصانا بنفسه او بفعل الغير والمتغير فرع على غير المتغير لان
الاصل عدم التغير والفرع بعد الاصل فناسب ان يذكر هذا الفصل بعد الفصول السابقة **قوله**
قال واذا بنى المشتري او غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء
والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي
في مختصره واذا اشترى الرجل دارا او هي ساحة فبناها ثم جاء شفيعها فطلبها بالشفعة فحكم له بها
فان المشتري يقال له اقلع بناءك وسلم الساحة الى الشفيع وهذا قول ابي حنيفة وزفر ومحمد وهي
رواية محمد عن ابي يوسف وهي رواية ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد والحسن ابن ابي مالك
عن ابي يوسف وروى الحسن ابن زياد عن ابي يوسف ان المشتري لا يوخذ بقلع البناء ويقال للشفيع خذ الدار
بالثمن وبقيمة البناء او اترك وهو قول الحسن بن زياد وروى الحسن ابن ابي مالك انه ما رواه الحسن بن زياد قد
كان قولا لابي يوسف الى هنا لفظ الكرخي في مختصره قال القدوري في شرحه والخلاف في الغرس كالخلاف

في البناء قال الامام الاسبيجابي في شرح مختصر الطحاوي ومن اشترى دارا وقبضها وبنى فيها بناء وغرس
في الارض اشجارا ثم حضر شفيعها فان القاضي يقضي له بالشفعة ويامر المشتري بنقض البناء
وقلع الاشجار الذي احدث فيها الا اذا كان في قلع الاشجار نقصانا بالارض واراد الشفيع ان ياخذها
مع البناء والاغراس بقيمتها مقلوعة غير ثابتة فله ذلك هكذا ذكر في ظاهر الرواية وروي
عن ابي يوسف انه قال لا يجبر المشتري على قلع البناء والاغراس ولكن الشفيع بالخيار ان شاء اخذها
مع البناء والاغراس بقيمتها قائمة على الارض غير مقلوعة وان شاء ترك وبه اخذ الشافعي
ولو ان المشتري زرع في الارض ثم حضر الشفيع فان المشتري لا يجبر على قلعه بالاجماع ولكنه ينظر
الى وقت الادراك ثم يقضي للشفيع ولو جعلها المشتري مسجدا او مقبرة يدفن فيها الموتى او رباطا
ثم جاء الشفيع كان له اخذها وابطال كل ما صنع المشتري فيها الى هنا لفظ شرح مختصر الطحاوي
وجه قول ابي يوسف ان بناء المشتري وقع فيما يملكه فكان محقا في البناء فلا يؤمر بقلعه
كمن بنى فيما لا شفعة فيه لان الامر بالقلع نتيجة العدوان وهو ليس بمتعد في البناء وكالموهوب
له اذا بنى تحقيقه ان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه
بيانه ان فيما قال ابو حنيفة ومحمد وهو اخذ الدار بالثمن الاول دون قيمة البناء والغرس
ضررا بالمشتري لانه يزول حقه عنه بلا عوض يقابله وفيما قال ابو يوسف وهو اخذ الدار
بثمنها مع قيمة البناء والغرس ضررا بالشفيع لانه يلزمه زيادة على الثمن الاول
وهذا الضرر ادنى من الضرر الاول لانه يدخل في ملك الشفيع عوض وهو البناء والغرس
بمقابلة ضرر زيادة قيمتها فكان اهون الضررين فوجب المصير اليه ووجه ظاهر
الرواية ان المشتري بنى في محل تعلق به حق الغير متاكدا من غير تسليط من جهته فينقض
بناؤه كالراهن اذا بنى في المرهون ولان الشفيع يستحق بسبب سابق فصار كمستحق
الملك فكان له ان ياخذ بقلع البناء ولانه تصرف من المشتري يؤدي الى زيادة البدل في
حق الشفيع فكان للشفيع ابطاله كما لو باع باكثر من الثمن الاول ولا يقال لو جوزنا قلع البناء
يلزم الاضرار بالمشتري لانه لا يقدر على البناء والغرس مخافة الشفعة وانما وجبت الشفعة
لازالة الضرر عن الشفيع فلا توجب على وجه يؤدي الى الاضرار بالمشتري لانا نقول الاضرار
بالمشتري لم يلزمه الا من قبل نفسه لا من غيره فلا يلتفت اليه لانه بنى في محل تعلق به حق الغير
قوله والمشتري شراء فاسدا هذا احتجاج من ابي يوسف على ابي حنيفة بمذهب ابي حنيفة يعني

ان المشتري شراء فاسدا اذا بنى او غرس في المبيع انقطع حق البايع وياخذ من المشتري قيمة
الارض وقت القبض على قول ابي حنيفة وليس له ان يقلع الاشجار والبناء وفي قول ابي يوسف
ومحمد ينقض البيع ويقلع البناء والاشجار كذا في شرح الطحاوي فكذا المشتري اذا بنى في المشفوع
ليس للشفيع ان يقلع ذلك على قياس قول ابي حنيفة لانه يحق في البناء **قوله** بخلاف الهبة جواب
عن قياس ابي يوسف على الموهوب له اذا بنى في الموهوب حيث لا يكون للواهب حق قلع البناء يحصل
بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق يعني ان الواهب انما لا ينقض بناء الموهوب له لانه حصل
بتسليط منه فينقطع حق الرجوع بالبناء والشفيع لم يسلط المشتري على البناء فينقضه فظهر
الفرق وكذا المشتري شراء فاسدا لا ينقض البايع بناءه لوجود التسليط منه **قوله**
فيهما اي في الهبة والشراء الفاسد **قوله** ولهذا لا يبقى بعد البناء هذا ايضاح لضعف
حق الاسترداد في الهبة والشراء الفاسد ولكن فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في الشراء
الفاسد انما لا يبقى على مذهب ابي حنيفة لا على مذهب ابي يوسف وقد مر النقل عن شرح
الطحاوي آنفا فكيف يحتج بمذهب ابي حنيفة على صحة مذهبه ولابي يوسف ان يقول هذا مذهبك
لا مذهبي وعندي حق الاسترداد بعد البناء باق في الشراء الفاسد **قوله** وهذا الحق اي
حق الشفيع يبقى بعد بناء المشتري فلا معنى اذن لايجاب قيمة البناء والغرس على الشفيع
كما قال ابو يوسف **قوله** كما في الاستحقاق يعني ان الشفيع اذا بنى او غرس في الارض ثم استحقت
يرجع بالثمن لا غير ولا يرجع بقيمة البناء والغرس كما في المسألة التي تليها وليس معناه ان المشتري
اذا بنى او غرس في الارض ثم استحقت لا يرجع بقيمة البناء والغروس لانه يرجع بقيمتهما الا
ترى الى ما قال في كتاب شرح الطحاوي ولو ان المشتري بنى في الدار بناء ثم استحقها رجل بالبينة
ونقض عليه بناءه فللمشتري ان يرجع على البايع بالثمن وبقيمة بنائه مبنيا اذا سلم النقض الى البايع
وان حبس النقض ولم يسلم الى البايع لا يرجع عليه الا بالثمن خاصة **قوله** وان اخذه بالقيمة
يعتبر قيمته مقلوعا يعني ان الشفيع بالخيار بين ان يامر المشتري بقلع البناء والغروس وبين
ان ياخذ المشفوع بالثمن وقيمة البناء والغروس ويعتبر في القيمة قيمتهما مقلوعين وعند ابي يوسف
قيمتهما قائمين على الارض وقد مر ذلك **قوله** كما بيناه في الغصب يعني ان الغاصب اذا بنى او غرس في
المغصوبة يؤمر بقلع البناء والغروس فان كانت الارض تنقص بقلع البناء والغرس للمالك ان يضمن قيمتهما مقلوعين
للغاصب **قوله** ولو اخذها الشفيع فبنى فيها او غرس ثم استحقت رجع بالثمن هذا لفظ القدوري

في مختصره وتمامه فيه ولا يرجع بقيمة البناء والغرس قال الكرخي في مختصره واذا اشترى الرجل
دارا فاخذها الشفيع بالشفعة فبناها ثم استحقت الدار فان المستحق ياخذ الدار ويقال للشفيع اهدم
بناءك ولا يرجع على المشتري بقيمة البناء وان كان اخذ الدار من يده ولا على البايع ان كان اخذ الدار
من يده لانه ليس بمغرور وهو ادخل نفسه في الاخذ بالشفعة واجبر من كانت في يده على تسليم ذلك
وهذه الرواية المشهورة وهو رواية محمد في الاصول ولم يحك عن احد من اصحابنا خلافا وروى
بشر بن الوليد عن ابي يوسف قال سمعت ابا يوسف سئل عن رجل اشترى دارا واخذها
رجل بالشفعة فاستحقت الدار من يده وقد بنى فيها على من يرجع بقيمة البناء قال على الذي قبض
الثمن وكذلك روى الحسن بن زياد عن ابي يوسف ان الشفيع يرجع على المشتري بقيمة البناء
الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وجه قول ابي يوسف ان الشفيع متملك على المشتري فصار المشتري
كالبايع والشفيع كالمشتري ثم المشتري يرجع على البايع في صورة الاستحقاق بالثمن وبقيمة
البناء فكذا الشفيع ينبغي ان يرجع على المشتري بقيمة البناء وايضا وجه المشهور
ان الرجوع بقيمة البناء انما يثبت للغرور الذي حصل من البايع حين اوجب الملك للمشتري
على وجه يتصرف فيه كيف يشاء ولم يوجد والمشتري لم يغر الشفيع بايجاب الملك وانما
اخذ الشفيع الدار من يده بغير اختياره فلم يكن مغرورا وانما هو الذي غر نفسه فلا يرجع على غيره
وليس هذا كالثمن لان الثمن انما يرجع به المشتري لانه عوض عن المبيع فاذا لم يسلم المبيع لم يسلم
الثمن للبايع وهذا المعنى موجود في الشفيع وعلى هذا قالوا في الجارية المأسورة اذا اشتراها رجل
من اهل الحرب فاخذها مولاها الاول من يده بالثمن فاستولدها ثم استحقت رجع على المشتري من اهل الحرب
بالثمن ولم يرجع عليه بقيمة الاولاد لان الرجوع بقيمتهم انما يثبت لاجل الغرور ولم يوجد كذا قال القدوري
في شرحه **قوله** قال واذا انهدمت الدار او احترق بناؤها او جف شجر البستان بغير فعل احد
فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان شاء ترك
قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره قال بشر بن الوليد وعلي بن الجعد سمعنا ابا يوسف قال
في رجل اشترى دارا فهدم بناؤها فباعه ثم جاء شفيعها فانه يقسم الثمن على قيمة البناء مبنيا وعلى قيمة
الارض فما اصاب الارض ياخذها الشفيع بذلك وهكذا قال ابو حنيفة وكذلك لو نزع بابا من الدار
فباعه ولو احترق البناء حتى ذهب او غرق من غير فعل حتى ذهب فلم يبق منه شيء فان ابا حنيفة
قال في ذلك ياخذ الشفيع بجميع الثمن او يترك فان انهدم البناء فكان على الارض مهدوما فان الثمن

يقسم على قيمة البناء مهدوما وعلى قيمة الارض فيأخذ الشفيع الارض باصابها ولا سبيل له على البناء
اذا زايل الارض الى هنا لفظ الكرخي في مختصره. قال القدوري في شرحه اما وجوب الشفعة
في البناء المتصل فلانه في حكم الجزء من العرصة بدلالة دخوله في العقد من غير تسمية
واما اذا هدم فلا شفعة فيه عندنا ومن اصحاب الشافعي من قال ان الشفيع يأخذه مع الدار وهذا
فاسد لانه منفصل عما تعلقت به الشفعة فلم يكن للشفيع اخذه كالثمن واما اذا هدمه المشتري او
هدمه اجنبي او انهدم بنفسه ولم يهلك فان الشفيع يأخذ الارض بحصتها فان احترق بغير فعل
احد اخذها الشفيع بكل الثمن وللشافعي قولان احدهما يأخذها بجميع الثمن في الجميع والآخر
انه يأخذها بالحصة في الجميع اما اذا احترق البناء فلان حق الشفيع مع المشتري كحق المشتري
مع البائع ومعلوم ان البناء اذا احترق في يد البائع كان المشتري بالخيار ان شاء اخذه
بجميع الثمن وان شاء ترك فكذلك هذا ولانه نقص دخل في المبيع بغير فعل آدمي فصار
كالوهي في البناء او تشقق الحائط واما اذا هدمه المشتري فالاتباع لا حصة لها بالعقد سقطت
حصته عن المشتري فكذلك اذا هدمه اجنبي لان العوض يسلم للمشتري فكأنه باعه وكذلك
اذا انهدم بنفسه ولم يهلك لان الشفعة سقطت عنه وهو عين قائمة فلا يجوز ان يسلم للمشتري
بغير شيء الا انه قال في المشتري اذا هدمه او هدمه الاجنبي ان الثمن يقسم على قيمته قائما لانه دخل
في ضمان المشتري بالاتلاف وهو على هذه الصفة فاما اذا انهدم بنفسه فلم يدخل في ضمان احدهما
فاعتبرت قيمته على حاله مهدوما وقال القدوري في شرحه وقد ادعى الشافعي على ابي حنيفة
في هذه المسئلة مناقضة فقال وقال بعض الناس اذا هدم المشتري البناء سقطت حصته فان
احترق لم يسقط حصته ثم ناقض فقال اذا غلب الماء بعض الارض اخذ من المشتري الباقي بحصته
ثم قال القدوري وهذا غلط لان الارض ليس بعضها يتبع لبعض فاذا لم تسلم للشفيع سقطت حصتها
بكل حال والبناء تبع للارض فاذا سلم للمشتري سقطت حصته وان لم يسلم له لم يسقط ثم اعلم
ان خيار الشفيع في صورة انهدام الدار بنفسها بين اخذه بجميع الثمن وبين تركه فيما اذا انهدمت وهلك
البناء اما اذا لم يهلك البناء يأخذ الشفيع الارض بحصتها وقد بيناه آنفا **قوله** قال واذا نقض
المشتري البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ العرصة بحصتها وان شئت فدع اي قال القدوري في
مختصره وتمامه فيه وليس له ان يأخذ النقض قال في شرح الاقطع قال الشافعي في احد قوليه يأخذ
الانقاض مع العرصة وهذا لا يصح لان النقض تبع والاتباع لا تضمن بالعقود وتضمن بالنقض والظلم

بضمنها المشتري بالعقد ضمنها بنقضه لانه صار متلفا لها فتسقط حصتها عن الشفيع الا ترى ان
البائع لو نقض ذلك سقط حصته عن المشتري كذلك في حق الشفيع وانما لا يأخذ الانقاض لانها
صارت مما ينقل ويحول ومثل ذلك لا يتعلق به شفعة وانما تعلقت الشفعة به حال الاتصال
على وجه التبع وقد زال ذلك فلا يجوز له اخذه بغير سبب فان قيل الاستحقاق يثبت له
فيها حين العقد وكان له اخذ كل ما تناوله عقد البيع قيل له الابنية تتعلق بها الشفعة
حال اتصالها فاذا انهدمت زال المعنى الذي اوجب استحقاقها كذا في شرح الاقطع وقال شيخ
الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا اشترى الرجل دارا فغرق بناؤها او احترق و
بقيت الارض لم يكن للشفيع ان يأخذها الا بجميع الثمن لان الثمن يقابل الاصل دون الوصف فبفوات
الوصف لا يسقط شيء من الثمن بل يتخير الا ترى ان المشتري له ان يبيعه مرابحة على كل الثمن
وكذلك لو كانت قناة او بئرا فذهب ماؤها ولو هدمها المشتري قسم الثمن على قيمة الارض وقيمة
البناء يوم وقع الشراء واخذ الارض بحصتها من الثمن لانه بالتناول والاهلاك صار مقصودا
فاخذ قسطا من الثمن واخذ الباقي بقيمته ولا حق له في البناء لانه منقول وانما كان يأخذه قبل
النقض بعلة اتصاله بملكه وصيرورته تبعا وقد زال هذا المعنى وكذلك ان كان البائع قد استهلك البناء و
كذلك لو استهلكه اجنبي فاخذ منه المشتري القيمة ولو اختلفا في قيمة البناء فقال المشتري قيمته خمسماية
وقيمة الارض خمسماية فلك ان تأخذها بنصف الثمن وقال الشفيع بل كان قيمته الف درهم فقد سقط
بهلاكه ثلثا الثمن فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعي تملك الدار عليه بما يقول وهو ينكر فكان
القول قوله ولو اقاما البينة فالبينة بينة الشفيع في قول ابي حنيفة على قياس نكتة
ابي يوسف ان بينته ملزمة وعلى قياس نكتة محمد يجب ان يكون البينة بينة المشتري لانه
لا يمكن تصويب الامرين جميعا بخلاف ما اذا اختلفا في اصل الثمن وعلى قول ابي يوسف البينة
بينة المشتري لانه هو المثبت للزيادة وان اختلفا في قيمة الارض يوم وقع الشراء نظر
الى قيمته اليوم فقسم الثمن عليها لانه متى كانت قيمته يوم المنازعة معلومة ووقت الشراء
قريب منه فالظاهر انه كان هكذا يوم الشراء فكان الظاهر شاهدا له فيكون القول
قوله كذا في شرح الكافي **قوله** بخلاف الاول اي بخلاف ما اذا انهدمت الدار بنفسها وهلك
البناء حيث يأخذها الشفيع بجميع الثمن لان الهلاك ثمة بآفة سماوية وهنا يأخذها
بقسطها من الثمن لانه لما هدمه صار البناء مقصودا فسقط حصته والنقض بضم النون

البناء المنقوض **قوله** قال ومن ابتاع ارضا وفي نخلها ثمر اخذها الشفيع بثمرها اي قال القدوري
في مختصره وقال القدوري في شرح مختصر الكرخي وقد كان القياس عندهم ان لا تجب
الشفعة في الثمرة وهو قول ابي حنيفة رحمه الله لان هذا لا يدخل في البيع الا بالتسمية فصارت
كمتاع موضوع وانما استحسنوا فقالوا فيها الشفعة لانها متصلة بما تعلقت به الشفعة
فصارت كالبناء وليس يمتنع ان يدخل في البيع بالشرط وتتعلق بها الشفعة كالشرب
الخارج والطريق الخارج وجملة القول فيه على ثلثة اوجه وذكرت في شرح الكافي انما
ان كانت الثمرة موجودة عند العقد او حدثت بعد العقد قبل القبض او حدثت بعد القبض
فان كانت موجودة عند العقد وقد شرط في العقد ثم اكله المشتري او ذهب بآفة سماوية سقط
بقسطه من الثمن لانه دخل في العقد مقصودا فاخذ قسطا من الثمن فياخذ النخل والارض
بما بقي من الثمن ان شاء وان حدثت بعد العقد قبل القبض ان ذهب بآفة سماوية لا يسقط بذهابها
شيء من الثمن وان اكله هو او غيره او جذه ولم ياكله سقط بحصته شيء من الثمن لما عرف انه
دخل تحت البيع تبعا فاذا ورد عليه فعل يشبه القبض او حقيقة القبض والقبض يشبه العقد ياخذ
قسطا من الثمن فياخذ الارض والنخل ببقية الثمن وكذلك ان بقي الى وقت القبض ثم ذهب
او تناوله هو او غيره لان عند وورود القبض عليه صار مقصودا في العقد كانه موجود عند العقد لان
القبض بمنزلة العقد في باب البيع لكونه مفيد الملك من وجه وان حدثت بعد القبض ثم اكلها او
ذهب بآفة سماوية الا ان لا يسقط بازائه شيء من الثمن وله ان ياخذ الارض والنخل بجميع الثمن شيء صح
لانه لما لم يوجد عند العقد ولا عند ما له شبه بالعقد لم يصر مقصودا في العقد وبقي تابعا والاتباع
لا قسط لها من الثمن **قوله** وكذلك ان ابتاعها وليس في النخل ثمر فاثمر في يد المشتري يعني
ياخذه الشفيع اي ياخذ الشفيع الثمر ايضا قال الشيخ ابو الحسن الكرخي رحمه الله في مختصره ولو كان
المشتري قبض الارض والنخل لا ثمر فيها ثم اثمر في يد المشتري ثم جاء الشفيع والثمرة معلقة
في النخل فله ان ياخذ الارض والنخل والثمر بالثمن الاول الذي وقع عليه البيع لا يزاد عليه شيء
الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان الثمر نماء من المبيع فلا يثبت لاجل زيادة في الثمن كزيادة
القيمة ثم قال الكرخي فان كان المشتري لما حدثت الثمرة في يده جذه ثم جاء الشفيع وهو
قايم او قد استهلكه المشتري ببيع او اكل فان الشفيع ياخذ الارض والنخل بجميع الثمن ان شاء
ولا سبيل له على الثمرة الى هنا لفظ الكرخي وذلك لان الثمر لم يقع عليه العقد ولا التسليم الموجب بالعقد

٢٢

وانما كان الشفيع ياخذه لتعلقه بالنخل فاذا انفصل سقط حقه عنه ولم يسقط بازائه شيء من الثمن
لانه لا حصة له وليس هذا كالثمر الحادث في يد البايع اذا اتلفه البايع لانه حدث قبل تمام البيع فيدخل
فيه كما لو حدث قبل القبول وفي مسئلتنا حدثت الثمرة بعد تمام البيع فلم يدخل فيه فلم يكن لها حصة
ثم قال الكرخي قال ابن سماعة سمعت ابا يوسف قال في رجل اشترى من رجل ارضا ونخلا ولا ثمرة
فيه فاخذه المشتري واثمر عنده فاكل ثمره فاكله ثم جاء الشفيع قال فانه ياخذها بجميع الثمن
قال ابن سماعة قال ابو يوسف هذا القول في شهر ربيع الاول سنة ثلاث وسبعين ومائة وهو اخر ما سمعته
منه وقد كان يقول اقسم الثمن على الثمرة وعلى قيمة الارض والنخل والشجر فما اصاب الغلة
وهي الثمرة اسقطته من الثمن ثم رجع فقال ياخذها بجميع الثمن او يدع الى هنا لفظ الكرخي وجه
قوله الاول ان حق الشفيع مع المشتري كحق البايع المشتري مع البايع ولو حدثت منه الثمرة في يد البايع
فاكلها سقطت حصتها عن المشتري كذلك اذا حدثت في يد المشتري **قوله** على ما عرف في
ولد المبيع يعني ان الجارية المبيعة اذا ولدت قبل القبض يسري اليه حكم البيع فيكون الولد ملك
المشتري كالام فكذلك هنا الثمر الحادث في يد المشتري قبل قبض الشفيع يكون للشفيع اخذه
تبعا لان المشتري كالبايع من الشفيع **قوله** فان اخذه المشتري ثم جاء الشفيع لا ياخذ
الثمر في الفصلين جميعا اي في فصل ما اذا ابتاع ارضا وفي نخلها ثمر وفي فصل ما اذا ابتاعها وليس
في النخل ثمر فاثمر في يد المشتري **قوله** قال في الكتاب اي قال القدوري في مختصره فان
اخذه المشتري سقطت حصته قال الكرخي في مختصره وان جاء وقد جزه البايع او المشتري او رجل
اجنبي فلا شفعة له في الثمرة وياخذ الشفيع الارض والنخل والشجر بما يخصها من الثمن ويسقط
عنه ما يخص الثمرة ويقسم الثمن على قيمة الارض والنخل والشجر والثمرة يوم العقد فذلك
كله فما اصاب الثمر سقطت حصته عن الشفيع وقيل له خذ الارض والنخل والشجر بحصتها ان
شئت الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان القياس يمنع من تعلق حق الشفيع بها وانما
استحسنوا لاتصالها بما تعلقت به الشفعة فاذا انفصلت بقيت على اصل القياس وانما سقطت
حصتها لان العقد وقع عليها ولذلك اعتبرت قيمتها يوم العقد قال صاحب الهداية وهذا جواب
الفصل الاول اي الذي ذكره القدوري في مختصره من سقوط حصة الثمر الذي اخذه المشتري
عن الشفيع هذا جواب الفصل الاول وهو ما اذا ابتاعها وفي النخل ثمر اما في الفصل الثاني وهو
ما اذا ابتاعها وليس في النخل ثمر ثم اثمر في يد المشتري فاخذه المشتري لا ياخذه

الشفيع ما سوى الثمر الا بجميع الثمن ولا يسقط شيء اصلا لان الثمر لم يكن داخلا تحت العقد
وقد مر تمام البيان قبل هذا والله اعلم باب ما يجب فيه الشفعة
وما لا يجب ذكر تفصيل ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب بعد ذكر نفس الوجوب مجملا لان التفصيل
انما يحتاج اليه اذا سبق ذكر الاجمال قوله قال الشفعة واجبة في العقار وان كان
مما لا يقسم اي قال القدوري في مختصره. قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره
الشفعة واجبة في جميع ما بيع من العقار دون غيره بسنة رسول الله صلعم الدور والمنازل
والحوانيت والخانات والفنادق والمزارع والبساتين والاقرحة والارحاء والحمامات
وساير العقار اذا وقع البيع على عرصته ان كانت في مصر او نحوه او سواد او غير ذلك
من ارض الاسلام اذا كان ذلك مما يجوز بيع مالكه فيه وكان البيع بيعا قاطعا ليس فيه
خيار شرط فان كان فيه خيار شرط وكان الشرط للمشتري دون بايعه ففيه الشفعة
وان كان لبايعه او لهما فلا شفعة فيه لان خيار البايع يمنع ان يملك عليه ما باع وخيار المشتري
لا يمنع من خروجه من ملك بايعه وانما يجب الشفعة بزوال ملك البايع عن العقار
فيكون الشفيع عند ذلك احق به الى هنا لفظ الكرخي رحه والحاصل ان الشفعة تجب عندنا
في العقار الذي يجوز قسمته والذي لا يجوز قسمته وعند الشافعي لا يجب في العقار الذي
لا يجوز قسمته كالحمام والرحى والبير والنهر والدور الصغار والمراد بما لا يجوز قسمته
ان لا ينتفع به بعد القسمة الحسية مثل انتفاعه قبل القسمة ويفوت جنس الانتفاع كما
في الحمام لانه لا يحتمل التجزي والقسمة في ذاته لانه ما من شيء في الدنيا الا ويحتمل التجزي
في نفسه وقد مر ذلك في اوايل كتاب الهبة وجه قول الشافعي ان العلة في وجوب الشفعة
دفع مؤنة القسمة وهو الضرر الذي يلحق الشريك باجرة القسام وهو فاسد لان هذا المعنى
موجود في الشركة في العروض ولا شفعة فيها ولنا ما روى الطحاوي في شرح الآثار باسناده
الى جابر بن عبد الله يقول قال رسول الله صلعم الشفعة في كل شركة بارض او ربع او حايط
وروى ايضا فيه باسناده الى جابر قال قال رسول الله صلعم الجار احق بشفعة جاره فان
كان غايبا انتظر اذا كان طريقهما واحدا وروى ايضا فيه باسناده الى ابن ابي مليكة
عن ابن عباس قال قال رسول الله صلعم الشريك شفيع والشفعة في كل شيء
وهذه العمومات يشمل ما يقسم وما لا يقسم فيثبت الشفعة في ذلك ولان السبب في وجوب الشفعة

الاتصال بين الملكين لان الاتصال على وجه القرار والتابيد لا يعرى عن ضرر الدخيل
بسوء الصحبة واذى المجاورة فيجب الشفعة دفعا للضرر والاتصال بهذه الصفة يوجد
فيما يقسم وما لا يقسم فيثبت الشفعة وقد مر بيان ذلك في اول كتاب الشفعة قوله
قال ولا شفعة في العروض والسفن اي قال القدوري في مختصره. قال الامام الاسبيجابي في
شرح الكافي ولا شفعة الا في الارضين والدور حتى لا يثبت في المنقول وقال ابن ابي ليلى يثبت في
المنقول وقال القدوري في شرحه وقال مالك يثبت في السفن ايضا وجه قوله ما روي عن ابن
عباس رضي الله عنهما عن النبي صلعم الشريك شفيع والشفعة في كل شيء ولنا ما روينا
عن جابر بن عبد الله عن رسول الله صلعم الشفعة في كل شركة بارض او ربع او حايط ولان
الشفعة امر ثبت على خلاف القياس بالنص والاجماع في العقار ولا نص ولا اجماع في المنقول
والمنقول ليس في معنى العقار فلا يقاس عليه لان الضرر لازم في العقار فانه متى اذاه
شريكه في المساكنة اما ان يحتمل اذاه او يبيعه وفي ذلك ضرر بين لان العقارات لا يشترى عادة
للبيع بل تقتنى لمصلحة المعاش وفي المنقول ان اذاه يبيعه وليس في البيع ضرر لانه يقتنى عادة
ولانها بنيان انتفاعا فلا يتحقق الضرر حالة الانتفاع والجواب عن حديث الخصم فنقول معنى
قوله الشفعة في كل شيء اي في الدور والعقار والارضين بدليل انه لا يجب الشفعة في الحيوان الا
ترى الى ما روى الطحاوي عن ابن ابي داود قال حدثنا يعقوب قال حدثنا معن بن عيسى عن محمد بن
عبد الرحمن عن عطاء عن ابن عباس قال لا شفعة في الحيوان كذا في شرح الآثار قوله لقوله عم لا شفعة
الا في ربع او حايط ولنا في صحة هذا الحديث نظر يقال ربع الرجل بالمكان يربع ربعا اذا اقام به والربع
المنزل في الشتاء والصيف والمربع المنزل في الربيع كذا في الجمهرة والحايط معروف وهو جمع الحيطان
قوله حسب دوامه الحسب بمعنى القدر وهو مفتوح السين وسكنها قوم كذا في الجمهرة
قوله وهذا بخلاف العلو اي عدم وجوب الشفعة في البناء بخلاف العلو فان الشفعة
تجب فيه قال الكرخي في مختصره وان بيع سفل عقار دون علوه او علوه دون سفله او بهما
وجبت فيه الشفعة بيعا جميعا او كل واحد منهما على انفراده وقال ابو يوسف ان وجوب الشفعة
في السفل والعلو استحسان روى ذلك عنه ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد الى هنا
لفظ الكرخي رحه قال القدوري في شرحه اما اذا بيعا جميعا فلا شبهة فيه لانه باع العرصة
بحقوقها فتتعلق الشفعة بجميع ذلك فاما اذا باع السفل دون العلو فلقوله عم لا شفعة الا في ربع

ولان التاذي يخاف فيها علي وجه الدوام واما العلو فلانه حق متعلق بالبقعة علي التابيد
وهو كنفس البقعة والذي قاله ابو يوسف من الاستحسان انما هو في العلو وكان
القياس ان لا يجب فيه الشفعة لانه لا يبقي علي وجه الدوام وانما استحسنوا لان حق الوضع متابد
فهو كالعرصة وقد قال محمد في الزيادات ان العلو اذا انهدم ثم بيع السفل فالشفعة واجبة
لصاحب العلو عند ابي يوسف ولا شفعة عند محمد اجري ابو يوسف حق الوضع وان لم يكن
هناك بناء مجري الملك لانه حق ثابت علي التابيد كنفس الملك وقال محمد ان الشفعة انما يجب
بالمجاورة فاذا لم يكن هناك بناء فلم توجد المجاورة فلم يجب الشفعة وذكر محمد في الزيادات
ان من باع علوا فاحترق قبل التسليم وبطل البيع ولم يحك خلافا قال ابن شاهوية هذا
ينبغي ان يكون قوله خاصة فاما علي قول ابي يوسف فيجب ان لا يبطل البيع لبقاء حق الوضع
الا نوي انه اجراه مجري العرصة في ايجاب الشفعة كذا ذكره القدوري في شرحه
وقوله اذا لم يكن طريق العلو فيه اي في السفل وهذا البيان ان استحقاق الشفعة
فيه بسبب الجوار لا بسبب الشركة وليس لبيان ان الشفعة لا يجب اذا كان طريق العلو فيه
بل يجب الشفعة ثمة ايضا لكن بسبب الشركة لا بالجوار حتي يكون مقدما علي الجار الا تري
الي ما نص الكرخي في مختصره وقال ولو ان رجلا له علو في دار وطريقه في دار اخري
الي جنبها فباع صاحب العلو علوه فاصحاب الدار التي فيها الطريق اولي بالشفعة الي هنا
لفظ الكرخي رحمه الله وذلك انهم شركاء في الطريق وصاحب الدار التي فيها العلو جار ملاصق
اخذه بالشفعة مع صاحب السفل لان كل واحد منهما جار للعلو والتساوي في الجوار فوجب
التساوي في الشفعة كذا ذكره القدوري قوله قال والمسلم والذمي في الشفعة
سواء اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي رحمه الله في مختصره
واهل الاسلام في استحقاق الشفعة واهل الذمة والمستامنون من اهل الحرب والعبد
الماذون لهم في التجارة والاحرار والمكاتبون والمعتق بعضه في وجوب الشفعة لهم
وعليهم سواء ~~والخصماء فيما يجب علي الصبيان اباؤهم فان~~ وكذلك النساء والصبيان فيما وجب
لهم او وجب عليهم من ذلك سواء والخصماء فيما يجب علي الصبيان اباؤهم فان لم يكونوا
فاوصياء الاباء فان لم يكونوا فالاجداد من قبل الاب فان لم يكونوا فاوصياء الاجداد
فان لم يكونوا فالامام او الحاكم يقيم لهم من ينوب عنهم فيه واهل العدل واهل البغي في الشفعة

ايضا سواء الي هنا لفظ الكرخي رحمه الله قال القدوري في شرحه وقال ابن شبرمة لا شفعة للكافر
وقال الخرقي من اصحاب احمد بن حنبل ولا شفعة لكافر علي مسلم ولنا ما روي ان شريحا قضي
لذمي علي مسلم بالشفعة فكتب الي عمر ابن الخطاب رضه فاجازه ولانه حق متعلق بالبيع فاستوي
فيه المسلم والذمي كالرد بالعيب واما الماذون فهو حقوق البيع كالحر وكذلك المكاتب والمعتق بعضه
مكاتب عند ابي حنيفة وحر عندهما وكذلك النساء والصبيان فيما وجب لهم او وجب عليهم في ذلك
سواء لعموم قول النبي صلي الله عليه وسلم الجار احق بسقبه ولم يفصل ولانه حقوق البيع يستوي
فيها النساء والصبيان كالرد بالعيب كذا ذكر القدوري في شرحه قوله للعمومات
اي لعموم الاخبار ولانه لا فصل فيها قوله السبب اي في الاتصال بين الملكين علي الدوام
قوله وفي الحكمة اي في الحكمة التي هي دفع ضرر الدخيل قوله قال واذا ملك العقار
بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي رحمه الله
في مختصره وكل ملك بدل ليس بمال فلا شفعة فيه قال القدوري في شرحه اما المملوك بغير
بدل فالهبة والصدقة فلا شفعة فيهما وقال ابن ابي ليلي فيهما الشفعة بقيمة الموهوب لنا انه
نقل ملك بغير عوض فصار كالميراث واما الميراث فلا شفعة فيه لان الوارث يملك علي حكم ملك
الميت ولهذا يرد علي بايعه بالعيب فكان ملك الميت لم يزل واما المملوك بالوصية فلا شفعة فيه
لانه تمليك يتعلق بالموت كالميراث فاما المملوك ببدل ليس بمال فالمهر والبدل في الخلع والاجارة والصلح
من دم العمد وسنجي ذلك بعد هذا وانما يجب الشفعة في المملوك ببدل هو مال لان الواجب علي الشفيع
ان يتملك العقار بالعوض الذي تملكه به المشتري فان كان له مثل وجب عليه مثله والا وجبت قيمته
لان المثل اعدل من القيمة فيما له مثل اما فيما لا مثل له فالقيمة اعدل من المثل فيجب ذلك
قوله صورة اي فيما له مثل كالمكيل والموزون والعددي المتقارب قوله او قيمة
اي فيما لا مثل له وهو الذي يتفاوت احاده قوله علي ما مر اشارة الي ما ذكر في فصل ما
ما يؤخذ به المشفوع بقوله ومن اشتري دارا بعوض اخذها الشفيع بقيمته وان
اشتراها بمكيل او موزون اخذها بمثله قوله قال ولا شفعة في الدار يتزوج الرجل
عليها او يخالع المراة بها او يستاجر بها دارا او غيرها او يصالح بها عن دم عمد او يعتق عليها
عبدا اي قال القدوري في مختصره والاصل فيه ان ما ملك ضه ببدل ليس بمال لا شفعة فيه
لان استحقاق الدار بالشفعة بالاثار علي خلاف القياس وانها وردت في معاوضة

المال بالمال وهذه الاشياء ليست في معناها فيقتصر على مورد الشرع وعند الشافعي رح
يجب الشفعة وهو قول ابن ابي ليلى لانه عقد معاوضة فجاز ان يثبت الشفعة في الشقص
المملوك به كالبيع ولنا انه ملك بسبب لا يثبت فيه خيار الشرط فلا يجب فيه الشفعة
كالمملوك بالهبة والوصية والميراث ولانه ليس في مقابلته عوض هو مال فصار
كالهبة والجواب عن قياس الخصم على البيع فنقول المقصود من عقد البيع عوض هو
هو مال وليس المقصود من النكاح العوض فلم يكن في حكم المعاوضات او نقول
لا نسلم ان النكاح معاوضة على الاطلاق لان المعاوضة ما لا ينفك عن العوض عنه وفي
النكاح قد ينفك عنه كما في المفوضة وعندنا في الذميين واذا امته من عبده زوج
ولا يقال الشفعة لازالة الضرر وهو مؤنة اجرة القسام وهو موجود في هذه المواضع
لانا نقول يبطل ذلك بالهبة وبالعوض وتقوم المنافع ضروري بعقد الاجارة
وقد ثبت تقومها ضرورة قضاء للحوائج والثابت بالضرورة يتقدر بقدر
الضرورة فلا يظهر في غير ذلك قوله او ما يضاهيه اي جعل شقصا من دار
بدل الخلع قوله لانه لا شفعة عنده الا فيه اي في الشقص الممهور لانه لا يرى الشفعة
بالجوار قوله ان تقوم منافع البضع في النكاح وغيره بعقد الاجارة ضروري
اي تقوم منافع البضع في النكاح ضروري وكذا تقوم منافع غير منافع البضع
ضروري ايضا كما في استيجار الدار للسكنى والدابة للركوب والثوب للبس
قوله في المعنى الخاص المطلوب وهو المالية قوله ولا يتحقق فيهما اي لا يتحقق المعنى
الخاص وهو المالية في الدم والعتق قوله وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض
لها الدار مهرا اي لا يجب فيها الشفعة قال في شرح الكافي وكذلك لو تزوج امرأة بغير
مهر ثم فرض لها الدار مهرا او صالحها على ان جعلها لها مهرا او اعطاها اياها لم يكن مهرا ام
فيها شفعة لانه في هذه الوجوه كلها يكون الدار عوضا عن البضع اذ الصلح والعوض يكون
تقديرا لمهر المثل ولو صالحها من مهرها على الدار او صالحها عليها مما يجب لها من المهر فللشفيع
فيها الشفعة لانه حينئذ يكون عوضا عن المهر فيكون بيعا حقيقة وقال في الشامل
صالحه على دار من جراحة خطا يجب الشفعة لان الواجب المال قوله لانه مبادلة مال
بمال يعني ان مهر المثل او المسمى مال فاذا باع الدار باحدهما يكون مبادلة المال بالمال لا محالة قوله

ولو تزوجها على دار على ان ترد عليه الفا فلا شفعة في جميع الدار عند ابي حنيفة رح وقالا تجب
في حصة الالف ذكر هذه المسئلة بطريق التفريع على مسئلة القدوري وهي من مسائل الاصل
قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو صالح من دم عمد على دار على ان يرد صاحب الدم الف درهم عليه فلا
شفعة في الدار في قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف يأخذ منها جزءا من احد عشر جزءا
بالف درهم وكذلك لو تزوج على دار على ان ترد هي على الزوج الف درهم فلا شفعة في شيء
من ذلك عند ابي حنيفة وعندهما يقسم الدار على مهر مثلها وعلى الف درهم ثم ما اصاب الالف تجب
الشفعة وجه قولهما ان العقد اشتمل على نكاح وبيع فيعتبر كل واحد بجنسه فيجب الشفعة فيما يقابل
الالف لانه بيع ولا يجب فيما يقابل المتعة لانه نكاح وتعذر الشفعة في الصداق لا يوجب التعذر
في البيع لان الشفعة تجب في المبادلة المالية لا في غيرها ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه
ان المقصود من هذا العقد هو النكاح لا البيع بدليل انه ينعقد بلفظ النكاح فكان
ثبوت البيع تبعا ضمن النكاح ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع لانه لو كان معنى البيع فيه
اصلا مقصودا لما كان نكاحا في بيع وكان شرطا فاسدا افسد البيع به فاذا كان ثبوته ضمنا تبعا
كان حكمه حكم النكاح ولا شفعة في الصداق فكذا في البيع ولان الشفعة تجب في المبادلة المالية المقصودة
الا ترى الى ما قال في شرح الكافي ان المضارب لو باع دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا
شفعة له لان البيع وقع له لان الدار له رقبة وللمضارب تصرفا فمن باع ابيع له لا يستحق الشفعة
وكان ينبغي ان يثبت الشفعة في قدر الربح لان البيع لم يقع فيه لرب المال ولكن الربح في
المضاربة تابع فمن وقع البيع له في الاصل فقد وقع في التابع له ايضا ولو باع المضارب دارا من
غير المضاربة كان لرب المال ان يأخذها بالشفعة بدار له من المضاربة ويكون له خاصة لانه
جار بدار المضاربة ولو باع رب المال دارا له خاصة والمضارب شفيعها بدار المضاربة
فان كان فيها ربح فله ان يأخذها لنفسه لانه جار بقدر نصيبه وان لم يكن فيها ربح لم يأخذها
لانه ليس بجار قوله قال او يصالح عليها بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة
اي قال القدوري في مختصره وهذه المسئلة مختلفة الالفاظ في النسخ والخطأ فيها
من الناسخ كذا في شرح الاقطع قال صاحب الهداية والصحيح او يصالح عنها بانكار
مكان قوله عليها وذلك لانه اذا صالح عليها يجب فيها الشفعة سواء كان الصلح عن اقرار او انكار
او سكوت لان في زعم المدعي انه يأخذها عوضا عن حقه وكذا المدعى عليه يعطيها عوضا عن المال

الذي يدعي عليه فيجب الشفعة لانه مبادلة مالية مقصودة بخلاف ما اذا صالح عنها بانكار
حيث لا يجب فيها الشفعة لانه في زعم المصالح ان الدار ملكه وانما دفع المال افتداء ليمينه
فلم يملكها بعوض وكذا اذا صالح عنها بسكوت فلا يجب الشفعة ايضا لانا لا نعلم انه تملكها
بعوض لجواز انه دفع المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب الخصم فلا يجب الشفعة بالشك وهذا
بخلاف ما اذا صالح عنها باقرار حيث تجب فيها الشفعة لانه مقر بانه ملكها بالمال المصالح
عليه الا ترى انهم قالوا لو استحق المصالح عليه مع سكوت رجع المدعي بالدعوى ولو كان والصلح
الصلح مع اقرار رجع بالدار فبان الفرق بينهما قوله اذا لم يكن من جنسه اي لم يكن
العوض من جنس حقه وذلك لانه اذا كان العوض من جنس حقه يكون آخذا عين حقه فلا
يكون معاوضة فلا يجب الشفعة وانما يتحقق المعاوضة اذا اخذ غير جنس حقه فيجب الشفعة
قوله قال ولا شفعة في هبة اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه الا ان يكون
بعوض مشروط اي في العقد اعلم انه لا شفعة في الهبة والصدقة خلافا لابن ابي ليلي
فعنده يجب فيها الشفعة بقيمة الموهوب وذلك لانه مملوك بغير عوض فلا يجب فيه الشفعة
كالمملوك بالميراث واما الهبة على عوض فان تقابضا وجبت الشفعة وان قبض احدهما
دون الاخر فلا شفعة وقال زفر يجب الشفعة بالعقد كذا ذكر القدوري في
شرح مختصر الكرخي وهذا بناء على ان الهبة بشرط العوض بيع ابتداء وانتهاء عند
زفر وعندنا تبرع ابتداء بيع انتهاء حتى لا يجبر على التسليم ولا يملك قبل القبض ولا
يصح في المشاع ولا يثبت فيه الشفعة فاذا تقابضا الان يثبت احكام البيع وصورته ان
يقول وهبت هذا لك على ان تعوضني كذا واجمعوا انه لو قال وهبت هذا لك بكذا انه بيع
كذا في المختلف وجه قول زفر انه نقل ملك بعوض فلا يعتبر اختلاف العبارة كقوله
في البيع ملكت واعطيت واذا كان كذلك تعلقت به الشفعة وقول الشافعي مثل قول زفر
كذا في اشارات الاسرار ولنا انهما عبرا عن الهبة دون البيع فيجب اعتبار اللفظ
ما امكن وقد امكن اعتباره بالتوقيف على حين القبض والقسمة اذ ليس في اعتباره اخلال
بالمعنى وهو البيع فانه يجوز ان يتوقف البيع على القبض كما في البيع الفاسد فاعتبرنا صيغة
اللفظ ومعناه وعلى هذا قال اصحابنا اذا وهب نصف دار بعوض فلا شفعة فيه لان هبة
المشاع فيما يقسم لا يجوز ثم اذا وجبت الشفعة في الهبة بعد التقابض يجب الشفعة بمثل

البدل ان كان له مثل وان لم يكن له مثل وجبت بقيمته وقال اهل المدينة اذا لم يكن له مثل
وجبت بقيمة الدار وذلك لان الشفيع انما يستحق المبيع على الوجه الذي استحقه المشتري
وقول اهل المدينة فاسد لان من اشترى دارا قيمتها الف بعوض قيمته الفان فلو اوجبنا
الشفعة بقيمة الدار استحققناها على البايع ببدل لم يرض به وهذا لا يصح قوله بخلاف ما
اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد يعني لا يثبت الشفعة حينئذ اصلا لا في الموهوب ولا
في العوض لانه هبة ابتداء او انتهاء ولكنهما تعوضت امتنع الرجوع بالحديث قوله قال
ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان
اسقط الخيار وجبت الشفعة وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة فاما البيع المشروط
فيه الخيار للبايع فلا شفعة فيه لان خيار البايع يمنع من خروج الشيء من ملكه والشفعة تجب بخروج
الشيء من ملك البايع ولان البايع لم يزل ملكه عما باع فصار كالايجاب بلا قبول فان اسقط البايع
خياره وجبت الشفعة لان الملك وقع بالعقد فوجبت الشفعة ولان المانع من وجوبها انما كان
ان البايع لم يرغب عن ملكه فاذا اسقط خياره فقد زال هذا المعنى واما الخيار المشروط للمشتري
فلا يمنع من ثبوت الشفعة لان المبيع خرج من ملك البايع بالاتفاق وانما اختلف اصحابنا هل دخل
في ملك المشتري او لم يدخل والشفعة انما تجب برغبة البايع عن ملكه بدلالة انه لو ادعى
انه باع داره من زيد فجحد زيد ذلك وجبت الشفعة لاجل اعترافه بخروج الشيء عن
ملكه وان لم يحكم بدخوله في ملك المشتري واما خيار الرؤية والعيب فلا يمنع الشفعة لانه
لا يمنع من خروج المبيع من ملك البايع وهذا المعنى هو سبب الشفعة كذا ذكر القدوري في
شرح المختصر الكرخي وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولو كان البيع بشرط الخيار
لهما جميعا فلا شفعة فيها لاجل خيار البايع ولو شرط البايع الخيار للشفيع فلا شفعة له فيها لانه لما شرط الخيار
للشفيع صار كانه شرط لنفسه فان اجاز الشفيع البيع جاز وبطلت شفعته لان البيع من جهة الشفيع قد تم
فصار كانه باع وان فسخ فلا شفعة له ايضا لان ملك البايع لم يزل ولكن الحيلة له في ذلك ان لا يجيز ولا يفسخ
حتى يجيز البايع البيع او يجوز بمضي المدة فحينئذ له الشفعة وكذلك لو باع داره على ان يضمن له الشفيع
الثمن عن المشتري والشفيع حاضر فضمن جاز البيع ولا شفعة له لان البيع من جهة الشفيع قد تم
ولا شفعة له وكذلك لو اشترى المشتري الدار على ان يضمن له الشفيع الدرك عن البايع والشفيع حاضر
فضمن جاز البيع ولا شفعة له لان البيع تم بضمانه فلا شفعة له لانه نزل منزلة البايع ولو ان المشتري

اشترى دارا وشرط الخيار للشفيع ثلثة ايام كان للشفيع الشفعة لان اشتراط الخيار له كاشتراط
للمشتري وذلك لا يمنع من وجوب الشفعة **قوله** ينبني عليه اي على زوال الملك عن
البايع **قوله** على ما مر اي في اوايل كتاب الشفعة اشار به الى قوله والوجه فيه
ان الشفعة انما يجب اذا رغب البايع عن ملك الدار الى اخره **قوله** واذا اخذها اي اخذ
الشفيع الدار في الثلث اي في مدة الخيار التي هي الثلث وقيد بالثلث ليكون المسئلة على الاتفاق
قوله وجب البيع اي تقرر وتحقق البيع الذي جرى بين البايع والمشتري بشرط الخيار وانما
ذكر هذا لان المشتري بخيار الشرط لو رد المبيع قبل طلب الشفيع الشفعة لا يجز البيع بل
ينفسخ من الاصل فلا يكون للشفيع الشفعة **قوله** وفيه اشكال اوضحناه في البيوع اي في باب
خيار الشرط بيان الاشكال انه كان ينبغي ان لا يجب الشفعة عند ابي حنيفة للمشتري لان
خياره مانع لملك المبيع عند ابي حنيفة فكيف يجب له الشفعة في دار بيعت بجنبها وحل
الاشكال ان يقال ان طلب الشفعة دليل على استدامة الملك في الدار المشتراة بالخيار لان
ثبوت الشفعة لدفع ضرر الجوار وهذا انما يكون اذا كان له ملك في الدار المشتراة بالخيار فكان
طلب الشفعة على اختيار الملك فيها فيسقط الخيار فثبت الملك له من وقت الشراء سابقا على العقد
الذي وقع في الدار المبيعة بجنبها فثبت الشفعة وقد مر بيانه في باب خيار الشرط **قوله**
لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال يعني لو قال ابطلت خيار الرؤية لا يبطل قبل وجود
الرؤية لان ثبوته موقوف على وجود الرؤية وكذلك لا يبطل بدلالة الابطال وهي الاخذ
بالشفعة فيما بيع بجنبها لان الاخذ بالشفعة يدل على اختياره لتبقية المبيع على ملكه وقد مر تمام البيان
في باب خيار الشرط **قوله** ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى له ان ياخذها دون الثانية
يعني اذا اشترى دارا بشرط الخيار ولها شفيع ثم بيعت دار اخرى بجنبها ثم حضر الشفيع
فله ان ياخذ الدار الاولى بالشفعة دون الثانية لانه انما يكون له الشفعة في الثانية بسبب الجوار بالدار الاولى
ولم يكن له جوار بالدار الاولى حين بيعت الثانية لانه ما كان يملكها حينئذ وانما حدث له الجوار
بعد ذلك وانما ياخذ الاولى فحسب لانه كان جارها حين بيعت الا اذا كان له دار اخرى بجنب
الدار الثانية فحينئذ ياخذ الدارين جميعا بالشفعة **قوله** فاذا من ابتاع دارا شراء فاسدا
فلا شفعة فيها اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان سقط الفسخ وجبت الشفعة قال
الكرخي في مختصره ولا شفعة في البيع اذا كان فاسدا لانه انما يملك بالقبض او لا يملك مادام حق البايع

في النقض قايما فيما يملك منه وذلك لان البيع الفاسد اذا كان مما لا يملك بالقبض فالملك
لم ينتقل بالبيع وهذا المعنى يمنع من وجوب الشفعة في البيع الصحيح ففي الفاسد اولى واما اذا
كان مما يملك بالقبض فحق الفسخ فيه مستحق لحق الله تعالى وفي ايجاب الشفعة اسقاط الفسخ وتقرير
للبيع وهذا لا يجوز قال الكرخي فان سقط حق البايع في النقض كان للشفيع ان ياخذ ما ملك بقيمته
يوم القبض وذلك لان البيع الفاسد عندنا يملك المبيع فيه بالقبض وانما لم تجب الشفعة لثبوت حق
الفسخ فاذا سقط الفسخ اما لاتصال المبيع بزيادة او لزوال ملك المشتري فقد زال المعنى المانع
من وجوب الشفعة فوجبت الشفعة كالبيع المشروط فيه الخيار للبايع اذا اسقط خياره وانما وجبت
الشفعة بالقيمة لان البيع الفاسد لا يجب فيه المسمى وانما يملك بالقيمة والشفعة تجب بمثل العوض
الذي لزم المشتري **قوله** بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح يعني ان البيع
الفاسد في معنى بيع فيه خيار للبايع لانه لم ينقطع حق البايع بعد فلا يجب الشفعة بخلاف خيار
المشتري في البيع الصحيح حيث يجب الشفعة لان المشتري له بالخيار ولاية التصرف في المبيع بخلاف
المشتري بالشراء الفاسد فانه ممنوع عن التصرف وفي هذا الفرق نظر عندي لان لقايل ان يقول
لا نسلم ان المشتري شراء فاسدا ممنوع عن التصرف ولهذا اذا باع بيعا صحيحا لا يكون للبايع حق النقض
قوله ولو بيعت دار بجنبها وهي في يد البايع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه الى اخره ذكرها
تفريعا على مسئلة القدوري قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي رحمه الله في شرح الكافي
فان كان المشتري قد قبضها فبيعت دار بجنبها فللمشتري ان ياخذها بالشفعة لانه قد ملك
الدار بالقبض فصار جارا عند وقوع البيع فان قضى القاضي له بالشفعة ثم ردت الدار لفساد
البيع لم يبطل شفعته لان القضاء قد صح فلا يبطل بزوال الملك في داره لان بقاء الجوار ليس بشرط
لبقاء الاستحقاق وان لم ياخذها حتى ردت الدار بطلت شفعته لان قيام الجوار عند القضاء
بالاستحقاق شرط لم يوجد ولا شفعة للبايع فيها ايضا لان جواره حادث بعد البيع وقال ايضا
واذا اشترى دارا شراء فاسدا فقبضها وبناها فان للبايع نقضها فاذا جاء الشفيع اخذها
بالشفعة في قياس قول ابي حنيفة ويهدم المشتري بناءه وقال ابو يوسف ومحمد يرد الدار على
البايع ويهدم المشتري بناءه ولا شفعة فيها اصل المسئلة ان المشتري شراء فاسدا اذا بنى
في الدار بناء ينقطع حق الاسترداد عند ابي حنيفة ومتى انقطع لزم البيع فيظهر للشفيع الشفعة لان
المانع من ثبوت حق الشفعة قيام حق الاسترداد للبايع وقد بطل وعندهما لا ينقطع حق الاسترداد

فلا يثبت للشفيع حق الشفعة فيكون للشفيع ان يامر المشتري بهدم البناء لانه لو بناه في البيع
الصحيح يكون له حق النقض فاذا بناه في البيع الفاسد اولى ولا يلزم ان حق البايع انما انقطع
لاجل البناء ومتى يهدم البناء ظهر حقه ومتى ظهر حقه تبين انه لا شفعة لانه انما يظهر
حقه اذا لم يتعلق به حق الغير وقد تعلق حق الغير به فصار بمنزلة البيع من غيره ولو لم
يبن فيها ولكنه باع بيعا صحيحا فللشفيع الشفعة فيها ان شاء اخذها بالبيع الثاني بالثمن وان شاء
اخذها بالبيع الاول بالقيمة لان حقه في البيع الفاسد انما لا يثبت لحق البايع وقد بطل حق البايع
بالبيع من غيره فصار حق الشفيع ثابتا بالعقدين جميعا ولو اشترى بها شراء فاسدا ولم يقبضها
حتى بيعت دار بجنبها كان للبايع ان ياخذ الدار بالشفعة لان ملكه لم يزل بعد كذا في شرح الكافي
قوله ثم ان سلم البايع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته اي ان سلم البايع الدار المبيعة
بالبيع الفاسد الى المشتري قبل حكم القاضي بالشفعة للبايع بطلت شفعة البايع قوله بعده
اي بعد الحكم بالشفعة للبايع قوله وان استردها البايع من المشتري قبل الحكم بالشفعة
له بطلت اي قبل حكم القاضي بالشفعة للمشتري بطلت شفعة المشتري قوله بقيت الثانية
على ملكه اي الدار الثانية وهي التي اخذها المشتري بالشفعة والضمير في ملكه راجع الى المشتري
قوله لما بيناه انه اي قوله لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة
ليس بشرط قوله واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة اي قال القدوري
في مختصره وذلك لان القسمة فيها معنى الافراز وهو تمييز الحقوق وتعديل الانصباء ولهذا
يجري فيه جبر القاضي وفيها معنى المبادلة ايضا والشفعة تثبت بخلاف القياس في المبادلة
المطلقة وهي المبادلة من كل وجه فتقتصر على مورد الشرع فلا تثبت في غيرها ولانه لو وجبت
الشفعة وجبت للقاسم لانه شريك والشريك اولى من الجار ولا يجوز ان يتقدم الجار على الشريك
قوله واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية او بشرط
او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع اي قال القدوري في مختصره وقال ابو الحسن الكرخي
رحمه الله اذا اشترى رجل من رجل دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم رد المشتري الدار بخيار رؤية
او بخيار شرط قبل قبض الدار او بعد ذلك فاراد الشفيع ان ياخذ الدار بالرد بالشفعة فليس له ذلك
ولو ردها بعيب قبل القبض بقضاء او بغير قضاء كان كذلك ولو ردها بعيب بعد القبض بغير قضاء
اخذها بهذا الرد وان كان بقضاء فلا شفعة له في الرد وجملته هذا ما ذكر القدوري في شرحه لـ

الشفيع

ان الشفيع اذا سلم الشفعة ثم عاد المبيع الى البايع على حكم الملك الاول فلا شفعة
له بالعود لانه اسقط شفعته عن ذلك الملك ولا يعود الا بعود سبب اخر وكل
موضع عاد الى البايع بحكم ملك مبتدإ كان للشفيع الشفعة كما لو اشتراها والرد بخيار الرؤية
والشرط يوجب عود الملك الاول وكذلك الرد بالعيب قبل القبض لانه فسخ من الاصل و
اما الرد بالعيب بعد القبض فيختلف فيه القضاء وغير القضاء فان كان بقضاء قاض فلا
شفعة فيه لانه انفسخ العقد من اصله وعاد على حكم الملك الاول وان ردها بغير قضاء ففيه
الشفعة لان الشيء عاد الى ملكه بقوله ورضاه فصار كشراء مبتدإ فتعلقت به الشفعة
قوله لا فرق في هذا بين القبض وعدمه حيث لا تجب الشفعة في الوجهين لانه فسخ من الاصل
واما الرد بعيب بعد القبض اذا لم يكن بقضاء ففيه الشفعة وان كان بقضاء فلا
قوله ومراده الرد بالعيب بعد القبض اي مراد القدوري في قوله او بعيب بقضاء قاض فلا
شفعة لانه قبل القبض لا يحتاج الى قضاء القاضي لكونه فسخا من الاصل وكذلك لا يحتاج الى
رضا صاحبه ايضا بل يتفرد برده بغير رضاه والاقالة فسخ في حق العاقدين لانهما قصدا ذلك
ولهما ولاية على انفسهما بيع في حق غيرهما لوجود حقيقة البيع وهي المبادلة بالتراضي والشفيع
غيرهما فوجبت الشفعة قوله وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية
وانما ذكر مسئلة الجامع الصغير لان في قوله ولا خيار رؤية اختلاف الروايتين وفي كل
منهما فايدة يروى بكسر الراء عطفا على القسمة اي لا شفعة في الرد بخيار الرؤية كما
لا شفعة في القسمة ويروى بفتح الراء وضمها عطفا على الشفعة على اللفظ وعلى المحل اما
رواية الكسر فظاهر حيث لا تثبت الشفعة في خيار الرؤية لانه فسخ من الاصل والرواية الاخرى
نبيها الفقيه ابو الليث السمرقندي في شرح الجامع الصغير فقال معناه لا شفعة في قسمة
ولا خيار رؤية في القسمة ايضا واكثرهم يجب في القسمة خيار رؤية لانه لا فايدة في رده لانه لو رده
كان له ان يطلب القسمة من ساعته فلا يكون في الرد فايدة وانكر هذه الرواية فخر الاسلام البزدوي
ومن تبعه كالصدر الشهيد وصاحب الهداية فقال فخر الاسلام محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
قال لا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية اما الشفعة في القسمة فلان القسمة ليست ببيع محض بل
فيه معنى الافراز الا ترى ان الممتنع عنها يجبر عليها ولا اخلاف ان في القسمة معنى الافراز والشفعة انما
شرعت في البيع فلا يصح اثباتها في الذي يخالفه كما لم تجب في معاوضة مال بغير مال لان كل قسيم شريك

فيكون مقدمًا على الجار واما قوله ولا خيار رؤيته فان كانت الرؤية بكسر الراء فان معناه ان لا شفعة
في الدار بخيار الرؤية وتفسيره رجل اشترى دارًا لم يرها ولها شفيع فابطل شفعته ثم ردها
المشتري بخيار الرؤية لم يتجدد شفعة الشفيع لان هذا فسخ يثبت شاء البايع او ابى فلا يثبت
له شبه بالشفعة بخلاف الاقالة وان كانت الرؤية بفتح الراء فان معناه ان لا يثبت خيار
الرؤية في القسمة وذلك غير صحيح بل الصحيح المنصوص في كتاب القسمة ان يثبت خيار
الرؤية في القسمة لم يثبت خيار الرؤية في القسمة وخيار الشرط يثبت في ذلك بلا اشكال كذا
ذكر في كتاب القسمة لان خيار الرؤية انما يثبت لخلل في الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا و
قد وجد ذلك في القسمة وحمل فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير رواية الفتح
على ما اذا كانت التركة مكيلا او موزونا من جنس واحد فاقتسموا لا يثبت خيار الرواية لانه
لو رد القسمة بخيار الرؤية يحتاج الى القسمة مرة اخرى فيقع في نصيبه عين ما وقع في المرة الاولى
او مثله فلا يفيد خيار الرؤية اما لو كانت عقارًا او شيئًا آخر يفيد خيار الرؤية لانه لو رد
بخيار الرؤية فاذا اقتسموا ثانيًا ربما يقع في نصيبه الطرف الاخر الذي يوافقه فيكون مفيدًا

قوله لانهما يثبتان اي لان خيار الرؤية وخيار الشرط

باب ما يبطل به الشفعة

لما كان بطلان الشيء يقتضي سابقة وجود ذلك الشيء وثبوته ذكر ما يبطل به الشفعة بعد
ما ذكر ما يثبت به الشفعة قوله قال واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو
يقدر على ذلك بطلت شفعته اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وكذلك ان اشهد في
المجلس ولم يشهد على احد المتعاقدين ولا عند العقار وقد مر بيان ذلك في باب طلب الشفعة
فاما قوله اذا ترك وهو يقدر فهو صحيح لان الزمان الذي لا يقدر فيه على الاشهاد لا يعتبر
به لان الشفعة انما تبطل بترك الاشهاد لانه يدل على الاعراض فاما اذا كان هناك مانع
فالظاهر انه ترك الاشهاد لا للاعراض فلا يسقط حقه كما اذا اشترى دارًا والشفيع في بلد اخر
وبينهما قوم محاربون وهو لا يقدر على بعث الوكيل كان على شفعته وكذا لو كان بينهما نهر مخوف
او ارض مسبعة قوله قال ولو صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته ورد العوض اي
قال القدوري في مختصره وذلك لان الشفعة لا يصح اخذ العوض على اسقاطها لان المشتري يملك المبيع قبل
اسقاط الشفعة وبعده على وجه واحد فلا يكون في ذلك معنى تمليك المشتري بازاء العوض فصار اكل مال
بالباطل وعلى هذا قال اصحابنا اذا قال الزوج للمخيرة اختاريني بالف وقال العنين لزوجته اختاري تركك

الفسخ

الفسخ بالف فاختارت لم يثبت العوض لانه مالك لبضعها قبل اختيارها وبعده على وجه
واحد فصار اكل مال بالباطل واذا ثبت ان الشفعة لا يصح اخذ العوض عن اسقاطها و
سقوطها لا يفتقر الى العوض فبطلان العوض فيها من طريق الحكم لا يمنع من سقوطها كالمسلم اذا
طلق امراته على خمر بطلت الخمر من طريق الحكم ولم يبطل الطلاق وقد اختلفت الرواية في الكفالة
بالنفس اذا اسقطها بعوض فقال في احدى الروايتين الكفالة باطلة والعوض باطل وسوى بينهما
وبين الشفعة ان اسقاط الحق فيهما لا يقف على عوض فبطلان العوض من طريق الحكم لا يمنع
من بطلانهما وقال في الرواية الاخرى لا تسقط وذكر انها حق اقوى من الشفعة بدلالة
انها لا تبطل بالسكوت والاعراض ما لم يرض باسقاطها فاذا لم يسلم العوض لم تسقط كما
ذكر القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح
الكافي ولو سلم الشفعة على مال فالتسليم جائز ويرد المال على صاحبه وكذلك لو باعها لان
هذا مجرد حق فلا يجوز الاعتياض والتسليم جائز لان هذا شرط لا جواز له بحال فلا يتقيد به
بل يبطل الشرط في نفسه وكذلك الكفالة بالنفس على هذا لو اعتاض الطالب ليبطل الكفالة
فالابطال جائز والاعتياض باطل ثم قال شيخ الاسلام وقد ذكر في بعض روايات الكفالة
ان الكفالة لا يبطل والرواية في الكفالة تكون رواية في الشفعة ايضا انها لا تبطل لانه ما رضي
ببطلان حقه مجانًا وانما رضي بشرط فلا يكون راضيا بدونه ذكر وقال الامام العتابي في
كتاب الشفعة من شرح الجامع الكبير ولو صالحه اجنبي او صالحه المشتري على دراهم على ان يسلم
الشفعة فسلم بطلت شفعته ولا شيء له من الدراهم وكذا الكفيل اذا صالح المكفول له على دراهم
على ان يبريه عن الكفالة فابراه صح الابراء في رواية ابي حفص في كتاب الكفالة ولا شيء له من الدراهم
وفي رواية ابي سليمان لم يصح الابراء وقد عرف هذا في المبسوط لانه التزم المال بمقابلة ما ليس
بمال وهو سقوط حق الشفعة والبراءة عن المطالبة فكان بمعنى الرشوة بخلاف الطلاق على مال والعتاق
على مال والصلح عن دم العمد لانها تملك منافع بضعها وانها بعوض ان تصير مالا بالنكاح وكذا العبد
يملك نفسه وانه مال وكذا من عليه القصاص يملك نفسه والقصاص مال في حق من عليه واورد الشيخ
ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير سؤالا وجوابا في هذا الموضع فقال فان قيل اذا لم يجب العوض
يجب ان لا يبطل شفعته ايضا لانه انما ابطل حقه في الشفعة بشرط سلامة العوض فاذا لم يسلم وجب ان لا
يبطل كما في الكفالة بالنفس اذا صالح الكفيل المكفول له على مال حتى يبريه من الكفالة لما لم يجب العوض لم يثبت

البراة قيل له بان المال لا يصح عوضا عن الشفعة فصار كالخمر والخنزير في باب الخلع والصلح عن دم
العمد وغيره يقع الطلاق ويسقط القصاص اذا وجد القبول من المراة والقاتل ولم يجب شيء لذا هاهنا
واما الصلح عن الكفالة بالنفس فكذلك على ما ذكر محمد في كتاب الشفعة من المبسوط وكتاب الكفالة و
الحوالة من المبسوط في رواية ابي حفص وعلى ما ذكر في كتاب الكفالة والحوالة من المبسوط في رواية ابي
سليمان لا يبراء ويحتاج الى الفرق ان حق الشفيع قد سقط بعوض معنى فان الثمن سلم له فانه متى
اخذ الدار بالشفعة وجب عليه الثمن فمتى سلم له الثمن فقد سلم له نوع عوض بازاء التسليم فلا بد
من القول بسقوط حقه في الشفعة فاما المكفول له لم يرض بسقوط حقه عن الكفيل بغير عوض
ولم يحصل له العوض اصلا فلا يسقط حقه في الكفالة **قوله** ولا يتعلق اسقاطه بالجايز من
الشرط فبالفاسد اولى اي لا يتعلق اسقاط حق الشفعة بالجايز من الشرط وهو ما ليس فيه
ذكر مال فبالفاسد من الشرط اولى ان لا يتعلق وهو ما فيه ذكر مال ولنا فيه نظر لان اسقاط
حق الشفعة يتعلق بالجايز من الشرط الا ترى الى ما قال محمد في الجامع الكبير لو قال الشفيع سلمت
شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره او قال البايع سلمتها لك ان
كنت بعتها لنفسك وقد باعها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط
وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق ولهذا لا يرتد بالرد وكل
ما كان اسقاطا محضا صح تعليقه بالشرط وما صح تعليقه بالشرط لا ينزل الا بعد وجود الشرط و
لم يوجد الشرط فلا ينزل التسليم كذا ذكر الشيخ ابو المعين في شرح الجامع الكبير **قوله** والكفالة بالنفس
في هذا بمنزلة الشفعة في رواية يعني اذا صالح الكفيل المكفول له على مال يسقط الكفالة ولا يجب المال
اي في الرواية الاخرى وهي رواية ابي سليمان الجوزجاني وقيل هذه رواية في الشفعة اي في رواية ابي
سليمان في الكفالة يكون رواية في الشفعة ايضا حتى لا يسقط الشفعة بالصلح على مال ولا يجب المال
وقيل هي في الكفالة خاصة اي رواية ابي سليمان في الكفالة خاصة يعني لا يبطل الكفالة بالصلح
على مال ويبطل الشفعة بالصلح على مال **قوله** وقد عرف في موضعه اي في المبسوط ومما يبطل به الشفعة
ما قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا اشترى الرجل دارا ولها شفيع فساوم الشفيع المشتري
في الدار وساله ان يوليه او يستاجرها الشفيع من المشتري او كانت ارضا فاخذها مزارعة او كان في
الارض نخل فاخذه الشفيع معاملة وذلك كله بعد علمه بالشرا فذلك كله تسليم للشفعة **قوله** واذا
مات الشفيع بطلت شفعته اي قال القدوري في مختصره وتمامه وان مات المشتري لم يبطل وفيه خلاف الشافعي فعنده ينتقل الشفعة

الى ورثته والخلاف فيما اذا مات الشفيع قبل القضاء بالشفعة له فاذا مات بعد القضاء قبل نقد الثمن
وقبض المبيع فالبيع لازم لورثته بالاتفاق قال الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي وصورته
ان دارا بيعت ولها شفيع وطلب الشفعة فاثبتها بطلبين ثم مات قبل الاخذ بالقضاء او بتسليم
المشتري اليه فاراد ورثته اخذها فليس لهم ذلك ولو كان الشفيع ملكها بالقضاء او بتسليم المشتري
اليه ثم مات يكون ميراثا لورثته ولنا انه خيار استحقاق الملك فلا يورث كخيار القبول
والان الوارث ان اخذها لنفسه لم يجز لان تملكه مستحدث فهو كملك الموصى له ولو اخذها
للميت لا يصح ايضا لان الميت قد زال ملكه عما يشفع به فهو كمن باع نصيبه بعد وجوب
الشفعة ولا يلزم خيار العيب وخيار الرؤية لانه لا يثبت بطريق الارث بل يثبت للوارث
ابتداء لانه ملكه بالارث سليما وقد وجد معيبا او ملك مبيعا لم يره فكان له الخيار
ولان حق الشفعة حق التملك وهو وصف قايم بالشفيع فلا تنتقل الى ورثته بعد موته
كسائر صفاته من العلم والقدرة والارادة وغير ذلك ولانه معنى لا يصح اخذ العوض
عليه فيبطل بالموت كالاجل وكما اذا نفى ولده ومات قبل ان يلاعن فلا يقوم ورثته
في اللعان مقامه احتج بانه حق ثبت لازالة الضرر عن المال فكان موروثا كخيار الرد بالعيب
قلنا المعنى في الاصل ان فيه معنى المال بدليل انه يثبت لفوات جزء من المبيع وانه اذا سقط
وجب مال عند سقوطه بخلاف خيار الشفعة فانه ليس فيه معنى المال بدليل انه لا يجب
المال عند سقوطه فلم يورث كالوكالة والمضاربة فان قالوا الشفعة لازالة الضرر كالقصاص
فالجواب ما ذكرنا ان فيه معنى المال بدليل انه يجب المال عند سقوطه بالشبهة فان قالوا
حق لازم متعلق بعين لا يسقط بموت المستحق عليه فلا يسقط بموت المستحق كالرهن
والكفالة قلنا المعنى في الاصل ان فيه معنى المال لان الرهن يستوفى منه الدين عند الفلس
الكفيل يوخذ منه المال فكذلك يورث بخلاف الشفعة فانها لا تول الى مال وانما هي سبب
يتوصل بها الى تملك المال كالقبول وان مات المشتري والشفيع حي فله الشفعة لان حقه
لا يبطل بموت من عليه ولا يباع المبيع في دين المشتري ووصيته لان الشفيع مقدم
على المشتري فيقدم على غرمائه فان باعه القاضي او الوصي في دين المشتري فللشفيع ان يبطل البيع
لان هذا التصرف تضمن ابطال حق الغير فينفسخ وكذلك لو اوصى المشتري فيه بوصية كان للشفيع نقضها
واخذه **قوله** وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط فعندنا لا يورث خيار الشرط خلافا للشافعي

وقدم

قوله قال واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت شفعته اى قال
القدوري في مختصره وذلك لانه يستحقها بالجوار وقد زالت المجاورة فلم يبق ما يشفع به وما ياخذ
به المشفوع وسواء في ذلك بيعه بعد علمه بشراء الدار المشفوعة وعدم علمه فاما اذا باع بعد
ان قضى له بالشفعة لم يسقط شفعته لان حقه قد استقر فيها فلا يسقط كما لو باع بعد القبض لنا
في شرح الاقطع قوله او ابرا عن الدين وهو لا يعلم يعني من له الدين اذا ابرا مديونه صح ذلك
وان لم يعلم ذلك لان الاسقاطات لا تتوقف على العلم وهكذا قال في شرح الكافي رجل باع دارا
ورضي الشفيع ثم جاء يدعي انه لم يعلم ان حدها الى موضع كذا او ظن انها اقرب او ابعد
ويدعي شفعته حين علم قال لا شفعة له لان صحة التسليم لا تتوقف على كون الدار
معلومة كصحة الابراء في الديون لا تتوقف على العلم بمقداره فمتى صح التسليم كان هذا
دعوى بعد التسليم فلا يسمع قوله قال ووكيل البايع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له
ووكيل المشتري اذا ابتاع فله الشفعة اى قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية والاصل
ان من باع او بيع له فلا شفعة له ومن اشترى او ابتيع له فله الشفعة قال في شرح الطحاوي
بيان ذلك هو ان صاحب الدار ووكل شفيع الدار بالبيع فباعها فلا شفعة له لانه هو الذي
باع ولو ان مضاربا بالرجل باع دارا من المضاربة ورب المال شفيعها بدار له اخرى فلا
شفعة له لانه بيع له ولو كان لا يملك نهيه عن البيع وان كان المشتري وكل شفيع الدار بشرائها فاشتراها
له فله الشفعة الا ترى انه لو اشترى دارا لنفسه وهو الشفيع كان له الشفعة حتى لو جاء شفيع مثله اخذ منه نصف
الدار ولو جاء شفيع دونه فلا شفعة له وكذلك لو اشترى المضارب بمال المضاربة دارا ورب المال
شفيعها كان له ان ياخذها بالشفعة لانه اشترى له ومن اشترى او اشترى له فلا يبطل شفعته
وقال في الجامع الكبير رجل اشترى دارا على ان يضمن الشفيع الثمن عن المشتري او ضمن للمشتري الدرك
او اشترط البايع الخيار للشفيع فامضى البيع فهذا كله تسليم للشفعة قال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح
الجامع الكبير اما اذا باع فضمن الشفيع الثمن من المشتري والشفيع حاضر فقبل في المجلس يجوز البيع
بهذا الشرط استحسانا والقياس ان لا يجوز ذكر وجه القياس والاستحسان في كتاب البيوع من
المبسوط واما لا شفعة للشفيع فلان الشفيع صار كالبايع من وجه وكالمشتري من وجه اما كالبايع
من وجه لان البيع يتم به وكذا له ان يطالب المشتري باداء الثمن حتى يتخلص عن الكفالة متى كانت الكفالة
بامره كما للبايع مطالبة المشتري باداء الثمن واما كالمشتري من وجه لان الشرا يتم به وكذا البايع

يطالبه

يطالبه بالثمن كما يطالب المشتري فوقع التردد في ثبوت حق الشفعة فلا يثبت لان حق الشفعة متى
دار بين ان يثبت وبين ان لا يثبت لا يثبت فان قيل البايع من كل وجه انما لم يكن له الشفعة لان ايجاب
الشفعة له يودي الى التضاد لان البيع لتمليك المبيع والشفعة لتملك المبيع وبينهما تضاد وهنا لا يودي
الى التضاد لان تمليك المبيع ههنا ما لم يكن من جهة الشفيع قيل له الشفيع اذا كان كفيلا عن المشتري بالثمن يعني
البايع من وجه بما قلنا فايجاب الشفعة له يودي الى التضاد من وجه في التمليك والتمليك فان لم يكن لا يودي
الى التضاد من وجه في التمليك والتمليك ادى الى التضاد في حق ضمان الثمن لانه بعقد الكفالة التزم الثمن للبايع
ومتى بقي شفيعا كان له ان لا يلتزم لانه ياخذها بالشفعة من يدي البايع فينفسخ البيع فيبرا المشتري
عن الثمن فيبرا هو عن ضمان الكفالة واما اذا ضمن للمشتري الدرك فجواز البيع بهذا الشرط اذا كان حاضرا
في المجلس وقبل في المجلس استحسان ايضا اما لا شفعة له فلانه بايع من وجه لان البيع تم به وكذا لو استحق المشترى
كان للمشتري ان يرجع عليه بالدرك كما كان له ان يرجع على البايع واما اذا اشترط البايع الخيار له فامضى البيع
فلانه بايع من وجه لانه هو الذي اوجب البيع باعتبار اثبات الحكم وان لم يكن موجبا للبيع باعتبار اصل
البيع ولو اشترط المشتري خيار الشفيع فامضى الشفيع البيع لم يبطل شفعته يريد به اذا طلب الشفعة قبل
الاجازة لانه بمنزلة المشتري من وجه لانه وكيل عن المشتري في الاجازة على ما علم في موضعه والمشتري من
كل وجه انما كان له الشفعة لان ايجاب الشفعة له لا يودي الى التضاد فان المشتري يملك المبيع والاخذ بالشفعة
تملك ايضا فكان من جنسه فلم يكن فيه تضاد فاما هنا لو وجب الشفعة هذا المشتري من وجه بعد الاجازة
ادى الى التضاد لانه بالاجازة اوجب الملك للمشتري ومتى اخذها بالشفعة لا يبقى الملك للمشتري فصار
المشتري فصار كالساعي في نقض ما وجبه للمشتري فيودي الى التضاد قيل له هذا هكذا ان لو وجب الشفعة
له باجازته والشفعة لم تجب له باجازته الشرا بل كانت واجبة له قبل الاجازة ببيع المتعاقدين فان
من اشترى دارا على انه بالخيار وجب الشفعة للشفيع اجاز المشتري الشرا ام فسخ لان خيار المشتري
لا يمنع زوال المبيع عن ملك البايع وثبوت حق الشفيع يعتمد زوال المبيع عن ملك البايع ومتى وجب
الشفعة قبل الاجازة فلو اخذها بالشفعة بعد ما اجاز لا يكون ساعيا في نقض ما وجبه للمشتري فان
اصل العقد ما وجب باجازته قوله ضمن الدرك اى تبعة الاستحقاق قوله قال واذا بلغ الشفيع
انها بيعت بالف درهم فسلم الشفعة ثم علم انها بيعت باقل او بحنطة او شعير قيمتها الف
او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة اى قال القدوري في مختصره وقال القدوري في شرح مختصر الكرخي رحمه الله
والاصل في جميع ذلك ان الغرض في الشفعة تختلف باختلاف قدر الثمن وجنسه وتختلف ايضا باختلاف

لانه بمنزلة الشفعة مثلما المشتري من وجه فان قيل
المشتري من كل وجه

يخاف ان يقع فذكر الحيلة لابطالها هذا قال الخصاف في كتاب الحيل ارايت الرجل اذا
اراد ان يشتري دارا وخاف ان يوخذ منه بالشفعة هل يحتال له ان يحتال في الشفعة قال كره
ذلك بعض اصحابنا ورخص فيه بعضهم وقال انما تجب الشفعة بعقد البيع ولا باس بذلك
قبل ان تجب لانه انما يدفع المائم عن نفسه فلا يجب عليه حق الشفعة **قوله** قال واذا باع
دارا الا مقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له اي قال القدوري في
مختصره وذلك لان الشفعة انما تثبت بالشركة او بالجوار ولم يوجد واحد منهما **قوله**
وكذا اذا وهب هذا المقدار وسلمه اليه لما بينا اي لانقطاع الجوار **قوله** قال وان ابتاع
منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الاول دون الثاني اي قال
القدوري في مختصره وذلك لان العقد وقع على السهم الثاني وهو شريك في بعض المبيع فلا يكون للجار
مع الشريك شفعة واستحقاق السهم الاول لا يسقط الشفعة التي وجبت له لانه ملكها بالشرى الاول فهو كما لو
حكم لهما بيتين صحة ذلك انهم قالوا في احد الجارين اذا اشترى دارا ثم مات وحضر الجار الاخر يطلب
الشفعة يقضى له بالنصف فلولا انهم جعلوا الشرا بمنزلة القضاء بقدر ما يستحقه والا وجب ان
تسقط شفعة الميت بموته ويبقى شفعة الحي فيقضى له بالدار وكذلك اذا اشترى من رجل دارا
ملاصقة ثم باع داره الاولى ثم حضر جار اخر فانه يقضى له بالنصف لما ذكرنا كذا في شرح الاقطع وقال
القدوري في شرح مختصر الكرخي قال ابو يوسف وان كان المشتري للنصف الثاني غير المشتري للنصف
الاول فلم يخاصمه فيه حتى اخذ الجار النصف الاول بالشفعة فالجار احق بالنصف الثاني من
المشتري الاول لان الملك للمشتري الاول زال عن النصف قبل انتقال الشفعة اليه فسقطت شفعته
وبقي حق الجار فاستحق النصف الثاني بالجوار كما استحق الاول **قوله** فان اراد الحيلة ابتاع السهم
بالثمن الا درهما والباقي بالباقي وهذه حيلة يرجع الى تقليل رغبة الشفيع ثم الاول الى الابطال لان
في الاول ليس للجار ان ياخذ لان مقدار ذراع من طول حد الشفيع لم يبع اي ابتاع السهم الواحد
من الدار وهو السهم الذي يلي الشفيع باكثر الثمن ثم يبتاع الباقي من الدار بباقي الثمن تفسيره
ما قال في شرح الطحاوي وهو ان يبيع اولا من الدار او من الكرم عشرها مشاعا باكثر من الثمن
ثم يبيع تسعة اعشارها ببقية الثمن حتى ان الشفيع لا يثبت له حق الشفعة الا في عشرها بثمنه
ولا يثبت له الشفعة في تسعة الاعشار لان المشتري حين اشترى تسعة اعشارها كان شريكا
فيها بالعشر وهذه الحيلة انما يكون للجار او الخليط لان الشريك اولى منهما ولا يحتال بها
للشريك لان الشفيع اذا كان شريكا كان له ان ياخذ نصف تسعة الاعشار ايضا بقليل الثمن وان

كانت

كانت الدار للصغير فان بيع العشر منها بكثير الثمن جايز وبيع تسعة الاعشار بقليل الثمن
لا يجوز لان بيع مال الصغير باقل من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز فيكون في هذه
الحيلة مضرة للمشتري وهو ان يلزمه العشر ولا يجوز شراؤه في تسعة الاعشار وقد يجوز
ان يحتال بهذه الحيلة في دار الصغير وهو ان يبيع منه داره جزءا من مائة جزء او بيع جزء
من جزء بثمن اكثر من قيمته ثم يبيع بقية الدار بمثل ثمنه فانما يثبت له الشفعة في
الجزء الاول خاصة وهذه الحيلة للجار والخليط فاما اذا كان الشفيع شريكا فانه ياخذ
نصف البقية بنصف ثمنها **قوله** وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا عنه فالشفعة
بالثمن دون الثوب هذا لفظ القدوري ايضا وذلك لان الشفعة تثبت بمثل الثمن الذي بيعت
الدار به الا ترى ان البايع لو وهب للمشتري الثمن واشترى به دارا اخذها الشفيع بالمسمى حال
العقد ولا ياخذ بقيمة الدار الثانية لانها ملكت بالعقد الثاني كذلك في مسئلتنا قال صاحب
الهداية وهذه اخرى تعم الجوار والشركة اي هذه الحيلة حيلة اخرى يحتال بها في حق الجار
والشريك بخلاف الحيلتين الاوليين اللتين ذكرهما القدوري بقوله واذا باع دارا الا مقدار
ذراع الى اخره وبقوله وان ابتاع منها سهما ثم ابتاع بقيتها الى اخره فانهما يحتال بهما
في حق الجار لا الشريك ثم بين صاحب الهداية كيفية هذه الحيلة بقوله فيباع باضعاف
قيمته ويعطى بها ثوب بقدر قيمته اي يباع المبيع باضعاف قيمة المبيع ثم يعطي المشتري بمقابلة
ما وجب عليه من اضعاف القيمة ثوبا ذلك الثوب بقدر قيمة المبيع في الواقع بيان
ذلك فيما ذكره في شرح الطحاوي بقوله وحيلة اخرى ان يبيع الدار باكثر من قيمتها
نحو ان يبيع ما يساوي الفا بالفين وينقد من الثمن الف درهم الا عشرة دراهم
ثم يبيع بالف وعشرة عرضا يساوي عشرة دراهم فحصلت الدار للمشتري بالف درهم
في الحاصل ولكن الشفيع لا ياخذها الا بالفي درهم والافضل للبايع ان يجعل مكان
العرض دينارا يساوي عشرة دراهم هذا هو الاحوط حتى ان الدار لو استحقت من يد المشتري
يرجع على البايع بمثل ما اعطاه لانه يبطل الصرف بالاستحقاق وهذه الحيلة لجميع
الشفعاء ولو كان باع ببقية الثمن عرضا سوى الذهب يساوي عشرة دراهم كما ذكرنا
فعند الاستحقاق يرجع المشتري على البايع بالفي درهم ويكون فيه مضرة على البايع
قوله قال ولا يكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف ويكره عند محمد اي
قال القدوري في مختصره وجه قول محمد ان الشرع اوجب الشفعة سببا لدفع الضرر عن الشفيع
وفي اباحة الحيلة تبقية الضرر على الشفيع فلا يجوز ان الحيلة باسقاط الشفعة لو جازت

لم يثبت شفعة ابدًا ووجه قول ابي يوسف ان المشتري بالحيلة يمتنع من وجوب حق
عليه وذلك لا يكره كما لا يكره الحيلة في اسقاط الربوا وعلى هذا الخلاف الحيلة في اسقاط الزكوة
قبل حولان الحول فعند ابي يوسف لا يكره وعند محمد يكره قال الامام الاسبيجابي
في شرح الطحاوي فهذه الحيل كلها لابطال الشفعة قبل البيع فاما بعد وقوع البيع ان يقول المشتري
للشفيع صالحتك على كذا وكذا درهمًا على ان تسلم لي شفعتك فاذا قبل الشفيع الصلح وسلم بطلت
شفعته ولا يجب له المال او يقول المشتري للشفيع اشتر مني بكذا او لا تخاصمني فيها فاذا قال
الشفيع اشتريت بطلت ثم لا يبيعه وقال في شرح الطحاوي ايضًا وقيل ان الاختلاف في الحيلة
للابطال قبل الوجوب فاما بعد الوجوب فمكروهة بالاجماع وقال في الواقعات
الحسامية الحيلة في ابطال الشفعة على وجهين اما ان كانت بعد الثبوت او قبل
الثبوت ففي الوجه الاول يكره بالاتفاق نحو ان يقول المشتري للشفيع اشتره مني وما
اشبه ذلك لانه ابطال الحق واجب وفي الوجه الثاني لا باس به سواء كان الشفيع عدلًا
او فاسقًا هو المختار لانه ليس بابطال ومن هذا الجنس ثلث مسايل احداها هذه و
الثانية الحيلة في منع وجوب الزكوة والثالثة الحيلة لدفع الربوا بان باع مائة
درهم وفلسًا بمائة وعشرين درهمًا وقال الخصاف في اول كتاب الحيل لا باس
بالحيل فيما يحل ويجوز وانما الحيلة شيء يتخلص به الرجل من الحرام ويخرج به الى الحلال فما كان
من هذا ونحوه فلا باس به وانما يكره من ذلك ان يحتال الرجل في حق لرجل حتى يبطله
او يحتال في باطل حتى يموهه او يحتال في شيء حتى يدخل فيه شبهة **قوله** مسايل متفرقة
آخر ذكرها على ما جرى دأب المصنفين كذلك **قوله** قال واذا اشترى خمسة نفر دارًا من
رجل فللشفيع ان يأخذ نصيب احدهم وان اشتراها رجل من خمسة اخذها كلها
او تركها اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه
في خمسة نفر اشتروا من رجل دارًا ولها شفيع فاراد ان يأخذ نصيب احدهم قال له ذلك
فان اشترى واحد من الخمسة لم يكن للشفيع ان يأخذ نصيب بعضهم دون بعض الى هنا
لفظ محمد في اصل الجامع الصغير في البيوع وذلك لان حق الشفعة شرع لدفع ضرر الدخيل فلا
يشرع على وجه يتضرر به الدخيل ضررًا زايدًا سوى اخذ الدار منه ففي المسألة الاولى الصفقة وقعت
متفرقة فاذا اخذ نصيب احدهم فقد ملك عليه جميع ما اشترى وقام مقامه فلم يكن فيه
تفريق الصفقة على المشتري هذا اذا كان الثمن منقودًا فاما اذا لم ينقد الثمن فاراد الشفيع
ان يأخذ نصيب احدهم من البايع بحصتها من الثمن ليس له ذلك لما فيه من تفريق الصفقة
على البايع

وقيل الفتوى على قول ابي يوسف في الشفعة وعلى قول محمد في الزكوة صح

على البايع واما اذا اشترى واحد من خمسة فالشفعة وقعت في حق المشتري ففي
اخذ نصيب احدهم تفريق الصفقة على المشتري فلا يملك لما فيه من تبعيض ملكه
وانه في الاعيان المجتمعة عيب كذا ذكر فخر الدين قاضي خان في شرحه قال
الشيخ ابو الحسن الكرخي رحمه الله في مختصره واذا اشترى الرجل من الرجلين دارًا
وقبض او لم يقبض فاراد الشفيع ان يأخذ نصيب احد البايعين فليس له ذلك
فان كان البايع واحدًا والمشتري اثنين كان له ان يأخذ نصيب احدهما دون
الآخر اي النصيبين شاء وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد قال هذا
محمد في املائه الى هنا لفظ الكرخي قال القدوري في شرحه وذلك لان المشتري
الواحد ملك الدار بقبول واحد فلم يملك الشفيع اخذ بعض ما تعلق به حقه دون
بعض كما لو كان البايع واحدًا ولانه اذا اخذ بعض الدار فرق الصفقة على
المشتري على وجه يضر به بالشركة وهذا لا يجوز كما لو كان للبايع واحدًا
فاما اذا اشترى اثنان من واحد فلا ضرر على كل واحد منهما في اخذ نصيب
الآخر لانه قد رضي بضرر الشركة فلا فرق بين شركة الشفيع وبين شركة المشتري
ولانه يأخذ منه جميع ما ملكه بالعقد فلا يلحق به ضررًا كما لو اشترى وحده ثم
قال القدوري في شرحه وقد روي عنهم خلاف هذا وهو ان الواحد
اذا اشترى من اثنين فان اخذ الشفيع قبل القبض كان له ان يأخذ نصيب
احد البايعين فان اخذ بعد القبض لم يكن له ان يأخذ نصيب احدهما لانه
اذا اخذ قبل القبض انفسخ ملك المشتري وصار الآخذ من ملك البايع و
قد اخذ جميع ما خرج من ملك البايع فلم يكن فيه ضرر عليه وليس كذلك بعد القبض
لانه يأخذ ملك المشتري فيتبعض عليه الملك فلا يجوز وقالوا اذا اشترى اثنان من
واحد فان اخذ الشفيع قبل القبض لم يكن له ان يأخذ الا الجميع لان ملك المشتري
ينفسخ فلو اخذ البعض فرق الصفقة على البايع وهذا لا يجوز فان اخذ بعد القبض
جاز ان يأخذ نصيب احدهما لانه يأخذ من ملك المشتري ولم يتبعض عليه الملك
وقال الكرخي ايضًا في مختصره وسواء سميا لكل نصف ثمنًا معلومًا او كان
الثمن جملة واحدة بعد ان يكون البيع صفقة وذلك لان الحكم يتعلق بتفريق الصفقة فلا

فرق بين ذكر الثمن جملة او جملتين **قوله** ولا فرق في هذا اي في ولاية الاخذ للشفيع
نصيب احد المشترين قبل القبض اي قبل قبض المشتري الدار **قوله** هو الصحيح
احتراز عن رواية القدوري وهي قوله وقد روي عنهم خلاف هذا الى آخر ما
ذكره قبل هذا **قوله** بمنزلة احد المشترين يعني اذا اشترى الاثنان دارا صفقة
واحدة ونقد احدهما ما عليه من الثمن ليس له ان ياخذ نصيبه من الدار حتى ينقد
الآخر ما عليه من الثمن فكذلك ههنا لما نقد الشفيع نصيب احدهم ليس له ان ياخذ
نصيبه من الدار ما لم ينقد الآخرون بقية الثمن اذا كانت الدار غير مقبوضة
قوله وههنا تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى وتلك التفريعات ذكرها
الكرخي في مختصره وكثر عليها الباب وشرحها القدوري في شرحه فليتامل ثم نقل ما
هي لم نذكرها خوفا من الملالة لاجل الاطالة فقال الكرخي وكذلك ان كان الشرا (نصيب احدهم)
بوكالة نوكل رجل رجلين بشراء دار وبها شفيع فللشفيع ان ياخذ المشترين
وان كان الموكل رجلين والوكيل رجلا واحدا لم يكن له الا ان ياخذ نصيب احد الموكلين
قال ابن سماعة عن محمد في نوادره ذكره قال انما انظر الى المشتري ولا انظر
الى المشترى له قال محمد وكذلك لو اشترى لعشرة فليس له ان ياخذ شيئا
دون شيء ولو اشترى عشرة لرجل كان للشفيع ان ياخذ من واحد ويدع
الآخرين او ياخذ من اثنين او ثلثة ويدع البقية وكذلك روى هشام عن
محمد في نوادره في الوكيل والوكيلين في الشرا الى ههنا لفظ الكرخي رحمه الله
في مختصره فقال القدوري في شرحه وذلك لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد
دون المعقود له فاذا كان الوكيل واحدا لم يجز تفريق الصفقة عليه
كما لو اشترى لنفسه واذا كانوا جماعة والموكل واحدا فحقوق العقد تتعلق بهم
دونه كما لو اشتروا لانفسهم ثم قال الكرخي واذا اشترى الرجل دارين صفقة
واحدة فجاء شفيعهما جميعا فاراد ان ياخذ احدهما دون الاخرى فليس له ذلك
وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وقال الحسن بن زياد عن زفر الشفيع
بالخيار ان شاء اخذهما وان شاء اخذ احدهما دون الاخرى وهذا قول الحسن
الى هنا لفظ الكرخي فقال القدوري في شرحه وجه قولهم ان المشتري ملك الدارين

صفقة واحدة

واحدة وتعلق حق الشفيع بهما فلم يكن ان ينفرد بالاخذ بعض ما تعلق به حقه
دون بعض كالدار الواحدة وقد ذكر ابو الحسن عن محمد ما يدل على انه لا فرق
بين الدارين المتلاصقتين والمتفرقتين وذكر بشر بن الوليد عن ابي يوسف
انهما اذا كانتا في مصر واحد او مصرين فهو سواء وجه قول زفر ان اخذ احدى
الدارين الى اضرار بالمشتري بالشركة فصار كما لو كان شفيعا لاحدهما ثم قال
الكرخي في مختصره واذا كان الشفيع شفيعا لاحدهما دون الاخرى ووقع البيع
عليهما صفقة واحدة فان الحسن بن ابي مالك روى عن ابي حنيفة ان ليس له
الآن ياخذ التي يجاوره بالحصة وكذلك روى ابن سماعة عن ابي يوسف وكذلك
روى هشام عن محمد في رجل اشترى دارين متلاصقتين وله جار يلي احداهما
قال فانه ياخذ التي تليه بالشفعة ولا شفعة له في الاخرى قال القدوري
في شرحه وذلك لان حق الشفعة تعلق باحدى الدارين دون الاخرى والصفقة
اذا جمعت بين ما يتعلق به الشفعة وما لا يتعلق به الشفعة اخذ الشفيع ما
تعلقت به شفعته بالحصة كما لو اشترى دارا وسيفا صفقة واحدة ثم قال
الكرخي فيه وقال هشام قلت لمحمد ما تقول في عشرة اقرحة متلاصقة
لرجل يلي واحدا منها ارض انسان فبيعت العشرة الاقرحة فقال للشفيع ان
ياخذ القراح الذي يليه وليس له في بقيتها شفعة قلت له لم قال لان كل قراح
على حدة قلت ليس بينها طريق ولا نهر انما هي مروز او مسناة قال لا شفعة له
الا فيما يليه الى هنا لفظ الكرخي في مختصره قال القدوري وذلك لان الاقرحة المتميزة
بالمروز كالدور المتجاورة فلا يثبت للشفيع الشفعة الا فيما يجاوره خاصة ثم
قال الكرخي في مختصره قال هشام قلت لمحمد في قرية خالصة لرجل باعها والقرية
عندنا على ما فيها من الدور والارضين والكروم قال محمد ولكن القرية عندنا على بيوت
القرية خاصة قلت لمحمد باع رجل هذه القرية بدورها وكرومها وارضيها
وناحية منها تلي انسانا قال محمد للشفيع ان ياخذ القراح الذي يليه قلت فلكل
شفيع ان ياخذ القراح الذي يليه فاو شاركا ان ياخذوا حواشي القرية وذلك ارى ارضيها
ويبيع وسط القرية للمشتري فلم ينكر ذلك محمد ورواية بقوله الى هنا لفظ الكرخي

فقال القدوري في شرحه وقد اشتمل هذا الكلام على ثلاثة فصول احدها ان القرية اسم
للبيوت والاقرحة والمرجع في هذا الى العادة دون غيرها والثاني وجوب الشفعة للمجاورين
في الاقرحة التي تليهم خاصة وهذا صحيح لما بينا ان الاقرحة المتميزة كالدور المختلفة فالمجاور
لبعضها لا يكون مجاورا لبقيتها والفصل الثالث ان الشفعاء ياخذون حواشي القرية وهي ر
داها ويبقى للمشتري وسطها وهو جودها وهذا غير ممتنع لان الشفيع ياخذون باختيار ه
فكان له ان يلتزم الضرر ولا يلتزم ثم قال القدوري روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة
رضي الله عنه في رجل اشترى قرية بارضها وارضها اقرحة متفرقة ولاحد الاقرحة جار قال ياخذ
القرية كلها بالشفعة وليس له ان ياخذ ذلك القراح ويدع ما سواه وذكر ابن ابي مالك عن ابي يوسف ان
اباحنيفة كان يقول ليس له ان ياخذ الا القراح الذي هو ملاصقه لان هذه الاقرحة مختلفة قال
والذي يجي على قياسه ان هذه الاقرحة اذا كانت من صيغة واحدة او قرية واحدة فهي كقراح واحد
ودار واحدة وهذا يدل على ان اباحنيفة كان يقول مثل قول محمد ثم رجع فقال ياخذ الشفيع الجميع
لانه يستضر بتفريقه كالدار الواحدة كذا ذكر القدوري في شرحه **قوله** قال ومن اشترى نصف
دار غير مقسوم فقاسمه البايع اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري او يدع اي قال في الجامع
الصغير يعني ليس للشفيع ان ينقض القسمة لان القسمة جرت بين المالكين فلا يكون في النقض
فايدة لانه لو نقض القسمة ثم طلب القسمة من ساعته كان له ذلك فاذا لم يكن في النقض فايدة لم يكن له ان ينقض
كذا قال الفقيه ابو الليث ولان القسمة في غير المكيل والموزون مبادلة من وجه واستيفاء واخذ
لعين حقه من وجه والشفيع يملك نقض المبادلة ولا يملك نقض القبض الا ترى انه لا يملك نقض
القبض ليعيد العهدة على البايع لنفسه وهو ان القبض بجهة العقد له حكم العقد والشفيع لا يملك
نقض البيع فلذلك لا يملك نقض القبض بجهة البيع فمن حيث ان القسمة افراز وقبض لا يملك
الشفيع نقضها ومن حيث انها مبادلة يملك النقض بالشك والاحتمال ولان الافراز تكميل نقضها فلا يملكه
القبض انما يتكامل بالافراز في الحقيقة والشفيع لا ينقض القبض ليعيد العهدة الى
البايع فكذلك ما جعل تكميلا له وانما لم ينقض القبض لانه من العقد والشفيع لا يملك النقض
في الذي يتعلق به حقه الا ضرورة استيفاء حقه ولا ضرورة في نقض القبض وهذا بخلاف ما اذا
قاسمه شريك البايع حيث كان للشفيع ان ينقض تلك القسمة لان القسمة ما جرت بين المتعاقدين
فلا يمكن جعلها قبضا بجهة العقد وتكميلا للقبض فاعتبرت مبادلة وللشفيع ان ينقض المبادلة
وقال الفقيه

٣٦

وقال الفقيه ابو الليث في مقاسمة المشتري مع البايع ذكر الحسن بن زياد عن ابي حنيفة ان القسمة اذا
كانت بقضاء القاضي ليس له ان ينقض واذا كانت بغير قضاء القاضي فله ان ينقض ثم قال وذكر في كتاب
الشفعة ان القضاء وغير القضاء سواء للمعنى الذي ذكرناه وقال في شرح الطحاوي ولو اشترى نصف
دار شايعا ثم قاسم مع البايع ثم جاء الشفيع وطلب الشفعة واثبتها فان القاضي يقضي له بنصف
المشتري مقسوما وليس له ان يبطل قسمته سواء كانت قسمته بقضاء قاض او بغير قضاء قاض
ونصيب المشتري وقع من جانب الشفيع او من جانب اخر وقال صاحب الهداية وعن
ابي حنيفة انه انما ياخذه اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها **قوله** ولهذا يتم القبض بالقسمة
في الهبة ايضاح لكون القسمة من تمام القبض يعني ان هبة المشاع فيما ينقسم فاسدة ومع
هذا لو قسم وسلم جاز **قوله** اطلاق الجواب في الكتاب اي الجواب وقال اخذ الشفيع النصف
الذي صار للمشتري ولم يفصل بينهما اذا وقع من جانب الشفيع او من جانب اخر **قوله** قال و
من باع دارا وله عبد ماذون عليه دين فله الشفعة وكذا اذا كان العبد هو البايع فلمولاه الشفعة
اي قال في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يبيع الدار وله عبد عليه دين وهو
شفيعها قال له الشفعة وكذلك ان باع العبد دارا والمولى شفيعها كان له الشفعة الى
هنا لفظه رحمه الله وذلك لان المولى لا يملك اكساب عبده المديون عند ابي حنيفة
وعندهما يملك الرقبة ولا يملك التصرف فكان بمنزلة الاجنبي ولو كان احدهما اجنبيا
كان للاخر حق الشفعة فكذلك ههنا ولان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء كل واحد
من صاحبه جايز وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا باع
الرجل دارا وله عبد تاجر وهو شفيعها فان كان عليه دين فله الشفعة لانه لا ياخذها
لمولاه بل لنفسه فكان مفيدا الا ترى انه لو اشترى شيا من مولاه كان جايزا اذا كان
عليه دين فكذا الاخذ بالشفعة وان لم يكن عليه دين لا يصح لانه ياخذها لمولاه
وهو بايع وكذا اذا باع العبد والمولى شفيعها فهو على هذا التقسيم ان كان عليه دين
فله الشفعة لان بيع العبد لم يقع لمولاه وان لم يكن عليه دين فلا شفعة له لان البيع
وقع لمولاه كانه وكيله ثم قال شيخ الاسلام واذا باع المولى دارا ومكاتبه شفيعها فله
الشفعة لانه اقرب الى الاجانب من العبد الماذون فان ما ياخذه ياخذه لنفسه فكان اخذه
الدار بالشفعة مفيدا **قوله** قال وتسليم الاب والوصي الشفعة على الصغير جايز عند ابي حنيفة

ولابي يوسف اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في دار
بيعت وصبي شفيعها فسلم الوصي الشفعة او سلمها الاب قال هو جايز في قول ابي حنيفة وابي
يوسف وقال محمد لا يجوز على الصبي وهو على شفعته اذا بلغ وهو قول زفر الى هنا لفظ محمد في
اصل الجامع الصغير وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا بيعت الدار وشفيعها
صبي وهو في حجر ابيه او وصي ابيه او وصي جده ابي ابيه او من ولاه عليه امام او حاكم فلكل واحد
منهم في حال ولايته ان يطالب بشفعة الصغير او ياخذ الدار بالشفعة ويسلم ثمنها من مال الصغير
فان سكت احد من هولاء في حال ماله المطالبة عن طلب الشفعة للصغير بطلت شفعة الصغير
وكذلك ان سلم الشفعة بالقول فهو تسليم جايز ولا شفعة للصغير اذا بلغ في الوجهين جميعا
وليس لاحد مع الاب ولاية على الصغير ثم وصي الاب من بعد الاب ثم الجد ابو الاب ثم وصي الجد
فان لم يكن واحد من هولاء فمن ولاه الامام او الحاكم وتسليم الشفعة من هولاء جايز في
حال ولايتهم في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال ابن ابي ليلى وزفر ومحمد ان ذلك لا ولايتهم
يجوز وللصغير على شفعته اذا بلغ الى هنا لفظ الكرخي في مختصره وانما وجبت الشفعة
للصغير لانه حق يثبت لازالة الضرر وفي هذا المعنى الصغير والكبير سواء وانما ملك الاخذ
وليه الذي يجوز له التصرف في ماله لان الاخذ بالشفعة تملك بعوض فصار كالشرا فمن ملك
الشرا للصغير ملك اخذ الشفعة له ثم وجه قول محمد وزفر ان تسليم الشفعة ابطال الحق
مستحق للصغير فلا يجوز من غير عوض كاعتاق عبده وابراء غريمه والعفو عن قوده و
هذا ليس بصحيح لان في المقيس عليه اسقاط الحق من غير عوض يحصل للصغير وفي المقيس
حصل العوض وهو تبقية الثمن على ملكه فافترقا ولابي حنيفة وابي يوسف ان الولي اذا اخذها
بالشفعة ثم باعها بمثل الثمن جاز فاذا سلمها فقد بقي الثمن على ملك الصغير واسقط عنه ضمان
الدرك فكان اولى بالجواز ولان التسليم امتناع عن التملك لا ابطال الملك فلهذا لا يورث الشفعة
لانه ليس بملك وللولي ولاية الامتناع عن التملك الا ترى انه لو قال بعت هذا من فلان الصغير بكذا
كان للاب والوصي ان لا يقبلا لانهما يتصرفان بحكم النظر وربما يكون النظر في ابقاء الثمن على
ملك الصغير واذا ثبت هذا فكل من يملك الاخذ بالشفعة اذا سكت كان تسليما كالشفيع البالغ
لانه دليل الاعراض ولا يلزم منا اذا سلم الوكيل بطلت الشفعة لان ذلك جايز على الاصح واليه
ذهب القدوري في شرحه وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي رحمه الله في كتاب الشفعة

من شرح الكافي

من شرح الكافي واذا وكل وكيلا بطلب الشفعة فسلم الوكيل الشفعة عند القاضي فتسليمه جايز
وان سلم عند غيره لم يكن تسليما وان اقر عند القاضي ان الذي وكله به سلم الشفعة جاز اقراره عليه
وان اقر عند غير القاضي لم يجز استحسانا وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يجوز
اقراره ولا تسليمه ثم رجع وقال يجوز اقراره بتسليم الشفعة عند القاضي وعند غيره على
الذي وكله ثم قال شيخ الاسلام وذكر في كتاب الوكالة قال محمد لا يجوز تسليم الوكيل
الشفعة عند القاضي ويجوز اقراره على موكله بالتسليم سوى في هذه الرواية بين التسليم و
بين الاقرار بتسليم الموكل وجعل الكل على الخلاف وفي كتاب الوكالة فرق بين الاقرار
بالتسليم وبين التسليم بنفسه والاصح ما ذكر في كتاب الوكالة لان الوكيل بالشفعة
وكيل بالخصومة والوكيل بالخصومة يملك الاقرار على موكله في مجلس القاضي ولا يملك في غير
مجلس القاضي عند ابي حنيفة ومحمد وفي قول ابي يوسف الاول وهو قول زفر لا يملك لا عند القاضي
ولا عند غيره وفي قوله الاخر يملك عند القاضي وعند غير القاضي اما التسليم فبمعزل من الاقرار
لانه انما صح الاقرار عند ابي حنيفة ومحمد في مجلس القاضي لانه جواب الخصم والتسليم من
الجواب في شي بل هو تصرف مبتدا وانما لا يصح ذلك عند محمد فاما عند ابي حنيفة وابي
يوسف يصح بناء على اصل اخر وهو ان من ملك اخذ الدار بالشفعة يملك التسليم وعند
محمد لا يملك بمنزلة الاب والوصي انما يملكان تسليم شفعة الصبي عند ابي حنيفة و
ابي يوسف وعند محمد وزفر لا يجوز وقد نص على الخلاف فيه وهذا في معناهما وجه قول محمد
وزفر ان الاب والوصي فوض اليهما طلب الحق والوكيل هكذا فوض اليه طلب الحق ومن فوض
اليه طلب الحق لا يكون سبيل من ابطاله لانه ضد ما طلب منه وهما يقولان بان
اخذ الدار بالشفعة تملك الدار ببدل فكان هذا في معنى الشرا ومن ملك شرا شي ملك تركه ملكه
وكلامهما في الاب والوصي ظاهر لانهما يملكان ما هو نافع في حق الصبي والنفع قد يكون في
الشرا وقد يكون في تركه الا ترى انهما يملكان التحصيل والترك في ساير التجارات فكذا هنا ثم قال
شيخ الاسلام وهذا اذا كانت الدار مشتراة بمثل قيمتها يصح تسليم الاب او الوصي بلا خلاف
لانه لا يصح اخذه في هذه الصورة لواحد منهما ولو لم يسلما ولكنهما تركا الخصومة حتى بلغ
الصبي هل يكون للصبي حق الطلب اختلف مشايخنا قال بعضهم الجواب في هذا والجواب في
التسليم سواء فيكون على الاختلاف وبعضهم قالوا لا يبطل حقه والاصح انه على الاختلاف

كذا في شرح الكافي **قوله** انه حق ثابت اى ان الشفعة وتذكير الضمير على تاويل طلب الشفعة او
على النظر الى الخبر **قوله** وهذا اذا بيعت اى هذا الخلاف **قوله** فعن ابى حنيفة انه
لا يصح التسليم منهما اى من الاب والوصى لان ولايتهما نظرية والنظر فى اخذها لا فى
تسليمها اذا بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة ولا رواية فى هذه الصورة عن ابى يوسف
بخلاف ما اذا بيعت بمثل قيمتها حيث يصح التسليم عنده ايضا كما عند ابى حنيفة رضى الله
عنه والله اعلم

كتاب القسمة

مناسبة القسمة بالشفعة من حيث ان
كلا منهما من نتائج النصيب الشايع الا ترى ان اقوى اسباب الشفعة الشركة فى نفس المبيع
وفيها ذاك وتقديم الشفعة على القسمة لما ان التملك بالشفعة ربما يكون سببا للقسمة
والسبب مقدم على المسبب ثم اعلم ان القسمة مشروعة بالكتاب والسنة والمعقول
اما الكتاب فقوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شىء فان لله خمسه وللرسول وانما
يعلم الخمس من الاربعة الاخماس بالقسمة وقوله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم
وقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم والمناوبة فى الشرب قسمة واما السنة
فما روى غير واحد ان النبى صلى الله عليه وسلم قسم غنائم خيبر بخيبر وغنائم اوطاس بها
وغنائم بنى المصطلق بمياههم وقد خرّج صاحب السنن باسناده الى بشير بن يسار عن سهل
بن ابى حثمة قال قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر نصفين نصفا لنوائبه وحاجته
ونصفا بين المسلمين قسمها بينهم على ثمانية عشر سهما واما المعقول فهو ان القسمة
تحصيل معنى يوجب تكميل الانتفاع بالحق والملك لان ملكه اذا تعلق بمحل شايع لا يمكنه الانتفاع
به دائما بل فى وقت دون وقت وقد يتعذر عليه بعض التصرفات لمكان الشياع فاذا
قسم زال المانع من نفاذ التصرفات على الاطلاق فيتمكن من اقامة مصالحه مطلقا
فكانت مشروعة ثم القسمة وهى جمع النصيب الشايع فى مكان معين قد تقع فى اموال متغايرة
ومتجانسة اما المتغايرة فمثل الدور والاراضى مختلفة والثياب والدواب فى صنوف
الاموال المتغايرة فى هذه المواضع تقع القسمة معاوضة فيها معنى الافراز اما المعاوضة
فلانه نقل حقه من محل الى محل آخر بعوض واما الافراز فلان الملك لم يحدث بالقسمة
لانه كان ثابتا قبلها لكن على سبيل الاختلاط فهو بالقسمة يميز بين ملكه وملك صاحبه فتبين ان حقه
فى هذا المقسوم فلما ظهر معنى المعاوضة ههنا توقفت الصحة على اختيارهما حتى لو اراد احدهما

ان يقسم

ان يقسم وامتنع الآخر لا يجبر عليه لان الجبر على المعاوضة لا يستقيم واما المتجانسة
فمثل المكيل والموزون والدراهم والدنانير فان معنى الافراز ظاهر ههنا لان ما
صار له بالقسمة لا يغاير ما كان له قبل ذلك فصار كانه عين حقه لاستوائهما
فى تعلق المصالح والاغراض بهما ولهذا يأخذ احد الشريكين نصيبه حال غيبة
الآخر وكذا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة اذا اشتراه ثم اقتسماه بخلاف
الاشياء المتغايرة حيث لا يأخذ احدهما نصيبه فى غيبة صاحبه وكذا لا يبيعه
مرابحة وقال فى الفتاوى الصغرى القسمة ثلاثة انواع قسمة لا تجبر الآبى كقسمة
الاجناس المختلفة وقسمة تجبر فى ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات وقسمة
فى غير المثليات كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم والخيارات ثلاثة خيار شرط
وخيار عيب وخيار رؤية ففى قسمة الاجناس المختلفة تثبت الخيارات اجمع
وفى قسمة ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات يثبت خيار العيب دون خيار
الشرط والرؤية وفى قسمة غير المثليات كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم
يثبت خيار العيب وهل يثبت خيار الرؤية والشرط على رواية ابى سليمان يثبت
وهو الصحيح وعليه الفتوى وعلى رواية ابى حفص لا يثبت قوله القسمة فى الاعيان المشتركة
مشروعة وهذا ليس بمذكور فى الجامع الصغير ومختصر القدورى وانما ذكره صاحب الهداية
لانه لما شرع فى كتاب القسمة احتاج الى بيان مشروعيتها اولا ونحن بيّنا جميع ذلك انفا
قوله كما فى قضاء الدين يعنى لو ثبتت الديون على رجل عند القاضى يجبره على قضاء دينه
ان له مال فيحبسه حتى يبيعه فى دينه فان كان دينه دراهم وله دراهم قضاها
القاضى بغير امره وان كان دينه دراهم وله دنانير باعها القاضى فى دينه استحسانا
وقد مر ذلك فى كتاب الحجر **قوله** قال وينبغى للقاضى ان ينصب قاسما يرزقه
من بيت المال ليقسم بين الناس بغير اجر اى قال القدورى فى مختصره وذلك لان القسمة
من حيث انها ينقطع بها الخصومة تشبه القضاء فاشبهت رزق القاضى
وذاك من بيت المال فكذا رزق القاسم ولان مال بيت المال معد لمصالحهم
ومنفعة القسمة للعامة المسلمين فيكون رزق القاسم لا مال العامة لان الغرم بالغنم **قوله** فان لم يفعل
نصب قاسما يقسم بالاجر اى ان لم ينصب القاضى قاسما يرزقه من بيت المال نصب قاسما يقسم

بالاجر على القاسمين لان نفع القسمة لهم فيكون مؤنتها عليهم ولكن يقدر القاضي اجره على حسب عمله
كيلا يتحكم بالزيادة على ذلك والافضل هو التعيين من بيت المال لانه ابعد من الريبة وانفى للتهمة
لانه اذا قسم بالاجر ربما يتهم بالميل في القسمة الي بعض المتقاسمين على اعطاه وقال
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي قال ابو حنيفة رضي الله عنه لا باس
ان ياخذ قاسم الدار والارضين عليه الاجر ممن يقسم بينهم لا بعمل لهم ثم قال وقال ابو يوسف
ومحمد يجعل القاسم القاضي رزقا من بيت المال لانه امين فلو عمل باجرة ربما يميل
الي واحد منهما فيوفر نصيبه طمعا في زيادة الاجر وابو حنيفة يقول الواجب على القاضي
الامر بالقسمة دون القسمة فلم يكن هذا من اعمال القضاء فجاز ان ياخذ الاجر الي هنا لفظ
شرح الكافي **قوله** ويجب ان يكون عدلا مامونا عالما بالقسمة هذا لفظ القدوري
في مختصره وذلك لان القسمة لتمييز الحقوق وتعديل الانصباء وذلك لا يكون الا بعدالة القاسم
وامانته ولان القاضي يحتاج في تمييز الحقوق الي قبول قوله فيشترط فيه العدالة كالشاهد
ولا بد من القدرة على القسمة ولا يحصل القدرة على تحصيل الشي بدون العلم فاشترط
العلم لهذا **قوله** ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد هذا لفظ القدوري
في مختصره قال صاحب الهداية معناه لا يجبرهم على ان يستاجروه وذلك لان الحق لهم فاذا
رضوا بمن يتولي حقهم كما في ساير الحقوق ولانه لو كان متعينا ربما يتحكم على الناس
بالزيادة على اجر مثله وفيه ضرر ولا ضرار في الاسلام ولان القسمة ان كانت
في معني العقد فلا يجوز الجبر عليه لان عقد الانسان لا يقف على حكم الحاكم وان كانت في معني
الحكم فكذلك لانه لو تراضي الخصمان برجل يحكم بينهما جاز فكذلك اذا تراضيا برجل يقسم بينهما
فلا حاجة الي تعيين القاضي من يقسم بينهم ولو اصطلحوا على القسمة فاقتسموا بلا قاسم القاضي
جاز لان الحق لهم ولان القسمة فيها معنى المعاوضة فيصح بالتراضي كساير المعاوضات الا
اذا كان بين المتقاسمين صغير فلا يجوز القسمة حينئذ بتراضيهم لانه لا ولاية لهم على الصغير
فلا بد حينئذ من الرجوع الي القاضي حتي يامر من يقسم بينهم **قوله** ولا يترك القسام يشتركون
هذا لفظ القدوري ايضا وذلك لانهم حينئذ يتفقون على التحكم بزيادة الاجر فيتضرر
الناس فيمنعهم عن ذلك لنفي الضرر ولو رخص الاجر يبادر كل واحد منهم الي القسمة لفوت
القسمة عنه بمباشرة الاخر **قوله** بتواكلهم التواكل ان يكل بعضهم الا الي البعض

ر

جانع
عليهم فلا
ضرح

خشيته

قوله قال واجرة القسمة على عدد الرؤس عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا على
قدر الانصباء اي قال القدوري في مختصره وثمرة الاختلاف تظهر فيما اذا كان المال بين ثلاثة
لاحدهم سدسه وللاخر ثلثه وللاخر نصفه فاجرة القسام عليهم اثلاثا عنده وعندهما
اسداسا وقال في مختصر الاسرار قال ابو حنيفة اجرة القسام على عدد الرؤس دون
الانصباء الا في الكيل والموزون فانها تكون على قدر الانصباء وقال ابو يوسف ومحمد
والشافعي على قدر الانصباء وقال في الكافي للحاكم الشهيد قال ابو حنيفة الاجر على عدد الرؤس
وان كان نصيبه اقل من نصيب صاحبه وقالا لعل النصيب القليل اشد حسابا من
النصيب الكثير وقولهما كقول ابي حنيفة ذكره ابو القسم الجلاب البصري وجه
قولهما ان اجر القسام مؤن الملك فيتقدر بقدره كما في ساير المؤن ولان الاجر
يجب بمقابلة عمل القسمة والعمل يزداد بزيادة النصف فيجب الاجرة على قدر الانصباء
كما في الكيل والموزون وحمل حنطة مشتركة وحفر بير مشتركة وتطيين الدار وجه
قول ابي حنيفة ان الاجر يجب بمقابلة العمل والعمل هو الافراز هنا وهو معنى الافراز
في حق الرجلين على السوا فان افراز القليل عن الكثير كافراز الكثير عن القليل فاستويا فيما
كان مقابلا بالعمل ايضا فاعتبر عدد الملاك لا الاملاك وربما كان حساب القليل اشد
واصعب كما قال ابو حنيفة وربما ينعكس الامر فيكون حساب الكثير اصعب فلما كان كذلك
لم يلتفت الي القلة والكثرة لان في صعوبة كل خفاء فاعتبر اصل التمييز وهما فيه سواء
كما في السفر لما كان في المشقة خفاء ادير الحكم على نفس السفر نحو لفحص اليد وكذلك
ثمه يتفاوت العمل بالقلة والكثرة فلا جرم اعتبر قدر الملك دون الكيل والموزون لان
العمل في الجميع لافراز النصيب وكيل ماية قفيز ليس ككيل عشرة اقفزة فتتفاوت المؤنة
بتفاوت الملك فاعتبر قدر النصيب ونقل بعض مشايخنا الجواب في الكيل والوزن فقال
ان كان ذلك لاجل القسمة كان اجر الكيال والوزان على عدد الرؤس لا الانصباء عند
ابي حنيفة وان لم يكن للقسمة فحينئذ يكون الاجر على قدر الانصباء لتفاوت العمل
وهذا معنى قول صاحب الهداية قيل هو على الخلاف **قوله** وهو العذر لو اطلق اي
التفاوت هو العذر اي الجواب عن قياسهما على اجر الكيال والوزان لو كان الاجر يجب
ثمة مطلقا بلا تفصيل على قدر الانصباء فان كيل الكثير اشق واصعب من كيل القليل

علي

نصبا

فان

له

الوزن بخلاف القمار فان القسمه افراز والشريكان فيه سوآء فما افرز القليل او
الكثير لاحالة وبالعكس ثم قال ولا ينفصل نفيا لما ذكر من التفصيل قبل يعني لا تفصيل
في اجر الكيل والوزن بل هي بقدر الانصباء مطلقا **قوله** وعنه انه علي الطالب دون
المتنع اي وعن ابي حنيفه ان الاجر يجب علي طالب القسمه من الشريكين دون المتنع منهما قال
في شرح الاقطع روي الحسن عن ابي حنيفة ان الاجرة علي الطالب للقسمه دون المتنع وقال
ابو يوسف عليهما وجه قول ابي حنيفه ان الطالب انما طلب لمنفعة نفسه والمتنع امتنع
لضرر يلحقه فلا يلزم الاجرة من لا منفعة له وجه قول ابي يوسف ان القاضي يجبرهم علي القسمه
وله ولاية في ذلك فصار ذلك بمنزله القسمه في حق الصبي والمجنون قال الفقيه ابو الليث
في كتاب النوازل وسئل ابو جعفر عن اهل قرية غرمهم السلطان فارادوا ان
يقسموا فيما بينهم قال يقسم على عدد الرووس وقال بعضهم يقسم علي قدر الاموال
قال الفقيه ان كانت الغرامة لتحصين اموالهم قسم ذلك علي قدر املاكهم وان كانوا غرموا
لتحصين الابدان قسم علي قدد رووسهم التي يتعرض لهم ولا شي علي النساء والصبيان
لانه لا يتعرض لهم لانه موونه الرووس **قوله** قال واذا حضر الشركاء عند القاضي
وفي ايديهم دار او ضيعة وادعوا انهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفه
رضي الله عنه حتى يقيموا البينه على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم
ويذكر في كتاب القسمه انه قسمها بقولهم اي قال القدوري في مختصره وقال في اشارات
الاسرار الورثة اذا طلبوا قسمة العقار من القاضي لم يقسم حتى يقيموا البينة علي ان
دارا بينهم مات وتركها ميراثا في قول ابي حنيفه وقالا يقسم باقرارهم لان الشي في ايديهم
ولا منازع لهم فيقسم باقرارهم كما في المنقول والعقار المملوك بالشرا والهبة ولا وجه للتقييد
باقامة البينة لانه لا منكر ههنا حتي يقام عليه البينه وجه قول ابي حنيفة ان
القسمه تصرف علي الميت فان التركة قبل القسمة علي حكم ملك الميت الا تري ان الزيادة
الحاصلة تعتبر من مال الميت ويقضي منها الديون ولهذا لو اوصي بعبده لانسان ثم مات
وهو يخرج من ثلثه ثم زادت قيمته قبل القسمة لم يسلم كله له وبعد القسمه ينقطع حق
الميت بالكلية حتى كانت الزيادة لمن وقع في قسمه فاذا تعدى التصرف الي الميت بقطع حقه لم
يكن بد من اقامة البينة بخلاف الموروث المنقول لان في قسمته نظر الميت لحفظ ما لانه

لو هلك

لو هلك هلك علي الميت ولا هلاك في العقار وبخلاف المملوك بالشرا اذ ليس ثمه تصرف
علي الغير لان حق البايع بعد قبض المبيع انقطع عنه بالكلية وجاز القول هنا ما قال
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي فقال واذا كانت الدار ميراثا بين قوم حضور
كبار فتصادقوا عليه عند الحاكم وسالوه قسمتها فان ابا حنيفة قال لا يقسم الدار ولا غير
العقار باقرارهم حتى يقوم البينة علي اصل الميراث ويقسم ما سوي العقار بينهم بغير بينة
وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه فاما عند ابي يوسف ومحمد اذا تصادقوا علي كونه ميراثا
يقسم بينهم باقرارهم من غير بينة سوآء كان عقارا او غيره واجمعوا علي ان المنقول يقسم بينهم
باقرارهم هما يقولان بان المال في ايديهما لا منازع لهما فيه فاذا طلبا القسمه يقسم كما في المنقول
وابو حنيفة يقول القسمه بينهم تصرف علي الميت بالورثة فلا يجوز من غير بينة وانما قلنا
ذلك لان التركه بعد الموت مبقاة علي ملك الميت ولهذا قلنا بانه لو اوصي لرجل بعبد
وهو يخرج من الثلث فزاد قبل الدفع اليه يعتبر هذا زيادة في مال الميت ولو زاد بعد الدفع
اليه يكون زيادة في مال الموصي له وكذلك لو اوصي بجارية فولدت حتى زاد علي الثلث ان
ولدت قبل الدفع لا يدفع الولد وان كان بعده يسلم له الولد فقطع حق الميت لا يجوز من غير
حجه بخلاف المنقول لان القسمه هناك وقعت لاجل الحفظ وللقاضي ولاية الحفظ فجاز
تفويضه الي غيره فاما قسمة العقار فليست من باب الحفظ فلا يملكها من غير حجه ثم قالا
اذا قسم العقار بينهم يكون قضاء عليهم لا علي غيرهم فيشهد انه قسم باقرارهم حتى لو حضر
وارث اخر لا يكون مقضيا عليه ولذلك الاختلاف في العقار ان كان في الورثة صغير او غايب
والعقار كله في ايدي الذين حضروا فالحاكم لا يقسم عند ابي حنيفة حتى يقوم البينة علي الميراث
خلافا لهما وقال ابو يوسف ومحمد ايضا ان كان شي من العقار في يد الصغير او الغايب لم اقسمه
باقرار الحضور حتى يقوم البينة علي اصل الميراث وقال محمد ايضا اذا كان في يد الغايب منه
شي استودعه رجلا حين غاب لم اقسم ذلك حتى يحضروا اتفقوا في هاتين الصورتين ان القاضي
لا يقسم التركة الا بعد اقامة البينة علي الخصم لان جواز القسمه يبتني علي كون المال ميراثا
لهم وانما يعلم ذلك بتصادقهم او بالبينة وقد فقد الاقرار فشرطت البينه بخلاف المسئلة الاولي
لان الورثة اقرت بكونه ميراثا فثبت ذلك باقرارهم فقسمتها بينهم واذا حضر القاضي اثنان من
الورثة والعقار في ايديهما فاقاما البينه على اصل الميراث قسمه القاضي بينهم ويوكل القاضي

بنصب للصغير او الغايب من يحفظه لان البينة ههنا قامت على خصم حاضر جعل حضور
احدهما كحضور الكل فسمعت البينة وجازت القسمة وان كان الحاضر واحدا لم يقسم لانه ليس
معه خصم حتى ينفذ القسمة له عليه وروي في الامالي عن ابي يوسف ان القاضي ينصب
عن الغايب خصما فينفذ القسمه له عليه وهذا ليس بسديد لان رجلا لو ادعى على غايب
حقا لا ينصب القاضي عنه خصما حتى يسمع عليه الدعوى بل لا بد من خصم حاضر حتى يقع
القضا عليه اصلا وينوب حضوره عن حضور الباقين وان كان معهم خصم صغير جعل
له القاضي وصيا وقبل البينه عليه وامر بالقسمه لان الخصم حاضر لكنه عاجز عن
الجواب بنفسه فاقام غيره مقامه في الجواب عنه قال ابو حنيفه اذا كان العقار شرا بينهم
فحضروا جميعا وتصادقوا عليه قسمته بينهم بغير بينه لانهم اذا اتفقوا اشترا فقد انقطع
البائع عنه وثبت الملك لهم فيه فصحت القسمه ولو كان فيهم غايب لم اقسم بينهم حتى
بحصة الغايب وان اقاموا البينة على الشرا وهو قول ابي يوسف ومحمد لان الحضور
ليسوا بخصوم عن الغايب فيما يستحق بالشرا فلا ينفذ القسمه عليه وقال ابو يوسف
ومحمد اذا كانت الدار ميراثا وفيها وصية بالثلث وبعض الورثه غايب وبعضهم شاهد
فاراد الموصى له بالثلث القسمه واقام البينة على المواريث والوصية فان الدار
يقسم على ذلك لان الموصى له بمنزلة الوارث لانه يستحق بعض التركة ثم الوارث
لو اقام البينة على الارث وطلب القسمة فان القاضي يجيبه الى ذلك كذلك
ههنا الى هنا لفظ شرح الكافي قوله فان كان المال المشترك ما سوى العقار
وادعوا انه ميراث قسمه في قولهم هذا لفظ القدوري في مختصره وقد بيناه قال
في شرح الاقطع هذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يقسمه لما ذكرنا في العقار
وجه الاستحسان انه من باب الحفظ وقد مر بيانه قوله ولو ادعوا في العقار انهم
اشتروه قسمه بينهم هذا لفظ القدوري ايضا قال في شرح الاقطع هكذا ذكره
محمد في كتاب القسمة وذكر محمد في الجامع الصغير انه لا يقسم حتى يقيموا البينة على الملك
وجه الرواية الاولى ان المبيع بعد القبض ليس على ملك البايع فلم يبق للبايع فيه حق ملك
بقولهم وجه رواية الجامع الصغير انهم اعترفوا بالملك للبايع وادعوا انتقاله اليهم فلا يقبل الا ببينة كما لو
ادعوا الميراث والفرق بينهما ان قسمة الميراث تقتضي الحكم بالموت وذلك يتعلق به احكام كثيرة
منها

منها حلول الدين وعتق امهات الاولاد والمدبرين وهذه الاحكام لا يجوز
اثباتها بقول الوارث فلهذا لم يحكم في الميراث بقولهم وليس كذلك الشرا قوله
وهو مفيد ذكر الضمير الراجع الى البينة على تاويل قيام البينة وهذا جواب
عن قولهما لا منكر ولا بينة الا على المنكر فلا يفيد فقال بل يفيد ذلك لان احد
الورثه ينتصب خصما عن الميت فيكون مدعا عليه ولا يقال كل واحد من الورثه
مقر فينبغي ان يمنع اقراره قيام البينة فقال لا يمتنع ذلك بسبب الاقرار كما في الوصي
اذا اقر بدين على الميت يدعيه انسان يكلف المدعي اقامه البينه ويكون الوصي
خصما له وان كان مقرا وكما في الوارث ايضا اذا اقر بالدين بيانه فيما ذكر الاستروشني
في الفصل الخامس من فصوله اذا اقر الوارث بالدين فاراد الطالب ان يقيم البينه
على حقه ليكون حقه في جميع مال الميت فانه يسمع بينته لانه اذا اقام البينة يستوفي
دينه من كل التركة ويصير التركة كلها مشغولة بدينه قوله ولا كذلك العقار
عنده اي عند ابي حنيفه قوله قال وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل
قسمه بينهم اي قال القدوري في مختصره يعني لم يذكروا سبب الانتقال اليهم من
الشرا والارث وغيرهما وذلك لان كل من في يده شي فالظاهر انه له فيقبل قولهم منهم
في القسمه قوله هذه رواية كتاب القسمه اي الذي ذكره القدوري بقوله
وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل قسمه بينهم رواية كتاب القسمة من المبسوط
وفي الجامع الصغير قال لا يقسمها حتى يقيم البينة على الملك قوله ثم قيل هو
قول ابي حنيفه خاصة اي المذكور في الجامع الصغير وهو قوله لا يقسمها حتى يقيما
البينة على الملك قول ابي حنيفة خاصة لا قولهما لان عند ابي حنيفة في الميراث
لا بدون البينة وهذا العقار يحتمل ان يكون موروثا وغير موروث فلا يقسم احتياطا
وعندهما يقسم في الميراث بدون البينة فههنا اولى ومنهم من قال ما ذكر في الجامع الصغير
قول الكل واليه مال فخر الاسلام في شرحه ولا يقسم بقولهم لان القسمه نوعان قسمة
بحق الملك لتكميل المنفعه وقسمة بحق اليد لاجل الحفظ والصيانة والعقار غير
محتاج الى الحفظ فالم يثبت الملك بالبينة لا يقسم حتى لو كان في ايديهما شي سوى العقار يقسم من
بغير اقامة البينة لان ما سوى العقار يحتاج الى الحفظ والصيانه وهذا معنى قوله وقسمة

وقسمه الملك تفتقر الى قيام اي الى قيام ما امتنع الجواز اي جواز القسمة قوله قال الملكية
الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث غايب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب
وكيلا يقبض نصيب الغايب اي قال القدوري في مختصره والضمير في قوله في ايديهم
ذكره بلفظ الجمع وان كان راجعًا الي البينة لان في البينة معني الجمع هذا اذا لم يكن الدار
في يد الغايب وبنيه منه فاذا كان في يده شي منها لم يقسمها وسيجي بيانه بعد هذا وذلك
لان احد الورثة ينتصب خصمًا عن الميت فاذا حضر الوارثان فطالب احدهما بالقسمة
كان المطالب مقام الميت فجاز ان يقضي عليه كما يقضي علي احد الورثة بالدين المدعا علي
الميت واما الغايب فالقاضي قايم مقامه وينصب عن الصغير خصما يقضي عليه بالقسمة
وقد مر بيانه قبل هذا قوله ولا بد من اقامة البينة في هذه الصورة ايضًا عنده
اي لا بد من اقامة البينة على الوفاة وعدد الورثة فيما اذا ان مكان الغايب صبي
عند ابي حنيفة كما اذا كان معهم وارث غايب قوله ولو كانوا مشترين لم يقسم مع
غيبة احدهم هذا لفظ القدوري في مختصره والفرق الي اخره يعني ان في صورة
الارث اذا اقاموا البينة يقسم مع غيبة احدهم وفي دعوى الشرا لا يقسم مع غيبة
احدهم وان اقاموا البينة علي الوفاة وعلى الورثة وفرق ذلك ان احد الشريكين
لا يصلح خصمًا عن الاخر لان الشرا ملك مبتدا ولهذا ليس للمشتري ان يرد بالعيب
علي بايع البايع والحاضر لا يصلح خصمًا عن الغايب لانه ليس بوكيله والقاضي لا
ولاية له علي الغايب فلم يجز ان يقسم بدون ان يحضر من يقوم مقام الغايب
بخلاف ملك الوارث فانه ملك خلافه ولهذا يرد الوارث بالعيب ما اشترى المورث
ويرد بالعيب علي الوارث ما باعه المورث ويصير الوارث مغرورًا ويكون الولد حرًا
بالقيمة يرجع بها الوارث على البايع كالمورث في حيوته فصار احدهما خصمًا عن الميت
والاخر عن نفسه فيصح القسمة بحضره المتخاصمين وينبحق الغايب بطريق التبعية قوله
ملك مبتداء اي ملك جديد قوله وان كان العقار في يد الوارث الغايب او شي منه
لم يقسم هذا لفظ القدوري في مختصره الا قوله او شي منه فانه من لفظ صاحب الهداية
وذلك لان القسمة فيها استحقاق يد الغايب فلا يجوز ذلك من غير خصم عنه وكذا اذا كان

في يد صغير والبينة ليس بخصم عنه يستحق عليه لانه جعل امينا في الحفظ لا غير فيكون القول
بالقسمة قولا بالقضاء من غير خصم فلا يجوز قال صاحب الهداية ولا فرق في
هذه الفصل اي في انه لا يقسم اذا كان العقار في يد الوارث الغايب بين اقامة البينة
وعدمها يعني لا يقسم القاضي وان اقام الحضور البينة على الوفاة وعدد الورثة فقال هو الصحيح
وهو احتراز عما ذكر الكرخي في مختصره عن ابي يوسف فقال وقال ابو يوسف ان كان الدار
في يدي الغايب او في يدي الصغير او في ايديهما منه شي لم اقسمها حتى يقوم البينة علي
المواريث وكذلك الارض وهو قول محمد الي هنا لفظ الكرخي فقد قال بالقسمة عند قيام
البينة كما ترى واليه ذهب صاحب التحفة حيث قال وان كان الدار في يد الغايب
او في يد الصغير او في ايديهما منه شي فانه لا يقسم حتى يقيم البينة على الميراث وعدد الورثة
بالاتفاق قوله كما اطلق في الكتاب اي في مختصر القدوري اراد به قوله لم يقسم لانه لم
يفصل بين اقامة البينة وعدمها قوله قال فان حضر وارث واحد لم يقسم اي قال القدوري
في مختصره وروي عن ابي يوسف في الامالي ان القاضي ينصب عن الغايب خصمًا فينفذ
القسمة له عليه وقد مر ذكره قبل هذا وهذا لان القسمة لا بد لها من متقاسمين
ولم يوجد فلم تجز وليس كذلك وليس كذلك اذا حضر وارثان لان المطالب للقسمة
يقوم مقام نفسه والاخر يقوم مقام الميت وحق الغايب يثبت على طريق التبع اما الواحد
لا يصلح ان يكون مدعيا ومدعًا عليه قوله ولو كان الحاضر كبيرًا وصغيرًا نصب القاضي عن الصغير وصيا
وقسم اذا اقيمت البينة ذكره تفريعًا على مسلة القدوري قال الكرخي في مختصره وقال
ابو حنيفة ان كان وارث حاضر وبقيتهم غيب صغار وكبار فاقام الوارث الحاضر البينة
على المواريث وسال القاضي ان يقسم الدار فانه لا يقسمها لانه ليس معه خصم فان كان
معه خصم صغير واحد جعل له القاضي وصيا وقبل البينة وامر بقسمة الدار لانه معه خصمًا
وهو قول ابي يوسف ومحمد وكذلك ساير العقار الي هنا لفظه رحمة الله قوله وكذا اذا حضر
وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا القسمة واقاما البينة على الميراث والوصية ذكره
ايضًا تفريعًا يعني يقسم الدار لوجود الخصمين والضمير في فيها يرجع الي الدار فصل
فيما يقسم وفيما لا يقسم لما كانت القسمة متنوعة الي ما يقسم والى ما لا يقسم باعتبار النظر الحيي
الذي يراعى في قسمته شرع في بيان ذلك قوله قال واذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع

بنصيبه تقسم بطلب احدهم اي قال القدوري في مختصره وذلك لان القسمه
حق لكل واحد منهما وله فيه منفعه فاذا طلب احدهم اجبر الاخر عليه لحصول المنفعه والفايده
فيما تحتملها اي يحتمل القسمة اراد باحتمال القسمه ان ينتفع كل واحد منهما بنصيبه
بعد القسمه بيناه من قبل اشارته الى قوله اذا كانت من جنس واحد
اجبر القاضي على القسمه عند طلب احد الشركاء وان كان احدهم ينتفع والاخر
يستضر به لقلة نصيبه فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل
لم يقسم هذا لفظ القدوري في مختصره قال في شرح الاقطع وقال ابن ابي ليلى لا
يقسم في الوجهين اما اذا كان الطالب للقسمه ينتفع بنصيبه فهو يطالب بحق
له ثابت فصحت مطالبته ولا يعتد باستضرار الاخر لانه يريد ان ينتفع بملك شريكه وللانسان
ان يمنع غيره من الانتفاع بملكه واما اذا طلبها الذي يستضر فلا منفعه له في القسمة فيكون متعنتا
فلا يسمع دعواه وذكر الجصاص وهو ابو بكر احمد بن علي الرازي على عكس هذا فقال يقسم اذا طلب
صاحب القليل لانه رضي بضرر نفسه ولا يقسم اذا طلب صاحب الكثير لانه يوقع الاضرار بغيره
هكذا نقل الصدر الشهيد في شرحه لادب القاضي عن الجصاص وكذلك نقل عنه في
الفتاوى الصغرى وكذا نقل صاحب الهدايه ولكن في هذا النقل عنه نظر لان الجصاص
وهو ابو بكر الرازي ذكر في شرحه ما ذكره الخصاف في ادب القاضي بعينه ولم يذكر خلافه وكذا قال
ولم يذكر الجصاص في شرحه لمختصر الطحاوي كما ذكره احمد بن عمر الخصاف ولم يذكر خلاف
ذلك وقال الخصاف في ادب القاضي وان كان الضرر انما يدخل على احدهما لان نصيبه
قليل والاخر نصيبه كثير وطلب صاحب النصيب الكثير القسمه وابى ذلك الاخر فان ابا حنيفه
وابا يوسف قالا يقسم ذلك بينهما الى هنا لفظ الخصاف ولم يذكر محمد قولا ولكن الطحاوي
ذكر المسألة في مختصره بلا تخصيص لابي حنيفه ولابي يوسف فقال وان كان الذي يصيب الطالب منه ينتفع
به لكثرته وما يطلب الاخر منها لا ينتفع به لقلته قسمها بينهما الى هنا لفظ الطحاوي فقال
ابو بكر الرازي وهو الجصاص لان للطالب حقا في هذه القسمه وهو الانتفاع بملكه متميزا
عن حق غيره ومنع غيره من الانتفاع بملكه غيره ويجبر على القسمه الى هنا لفظه ولم يذكر
غير هذا وقال في الفتاوى الصغرى دار بين رجلين وطلبا القسمة حمام تراضيا لا لكن
ليس بنصيب كل واحد منهما ما ينتفع به فان القاضي يقسم ذلك بينهما لان الملك لهما وقد تراضيا
بهذا الضرر وان طلب احدهما القسمه وابى الاخر لم يقسم القاضي بينهما لان الطالب متعنت

٤٣

مضر بالاخر وان كان الضرر يدخل على احدهما بان كان نصيبه قليلا بحيث لا يبقى منتفعا
بعد القسمه ونصيب الاخر كثير يبقى منتفعا بعد القسمه فطلب صاحب الكثير القسمه وابى الاخر
فالقاضي يقسم وان طلب صاحب القليل وابى الاخر لا يقسم هكذا ذكر الخصاف يعني في ادب
القاضي وذكر الجصاص على عكس هذا وما ذكره الخصاف اصح وذكر في قسمة الواقعات دار بين
شريكين لاحدهما كثير وللاخر قليل لا ينتفع بنصيبه بعد القسمه طلب صاحب الكثير القسمة
وابى صاحب القليل قسمت الدار بينهما بالاتفاق فان طلب صاحب القليل وابى صاحب الكثير قال
الكرخي في مختصره لا يقسم واليه مال الفقيه ابو الليث وجعل هذا قول اصحابنا وبه اخذ شمس
الايمة السرخسي وشيخ الاسلام الاسبيجابي وذكر الحاكم الجليل في مختصره انه يقسم واليه ذهب
شيخ الاسلام خواهر زاده وعليه الفتوى وهذا خلاف ما ذكر في ادب القاضي
الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى **قوله** والوجه اندرج فيما ذكرناه اي وجه ما ذكره الحاكم
اندرج فيما ذكرنا اما قسمته بطلب صاحب الكثير فلانه منتفع به واما قسمته بطلب صاحب القليل
فلانه رضي بضرر نفسه **قوله** والاصح المذكور في الكتاب اي في مختصر القدوري وهو الاول اي الحكم
في الكتاب هو المذكور اولا وهو انه لا يقسم اذا طلب صاحب القليل لانه متعنت والتعنت
طلب العنت وهو المشقة وقال في تهذيب الديوان يقال جئت متعنتا اذا جاءك يطلب زلتك
قوله وان كان كل واحد منهما يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما هذا لفظ القدوري في
الاقوله بصغره وذلك لان القاضي انما يجبر على القسمة اذا طلب صاحب الكثير وابى
الاخر لتكميل المنفعة وفيما اذا كان يستضر كل واحد بنصيبه بعد القسمة يفوت المنفعة
فلا يقسم الا انهما اذا تراضيا جازت لان الحق لهما فاذا تراضيا بضررهما جاز لان الرضا
بالضرر جائز وعلى الربوا لا يجوز ولهذا لو تراضيا على قسمة الحمام والثوب جاز وان
لا ينتفع كل واحد منهما بنصيبه بعد القسمة واذا كان حنطة بين رجلين ثلثون ردية وعشرة
جيده فاخذ احدهما عشرة جيدة والاخر ثلثين ردية وقيمة العشرة مثل قيمة الثلثين فانه لا
لانه ربوا والرضا بالربوا لا يجوز **قوله** قال ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد اي قال
القدوري في مختصره يعني اذا طلب احد الشركاء في العروض القسمة وابى الاخرون قسمه القاضي
جبرا اذا كانت العروض من جنس واحد لاتحاد المقصود من المقسوم والمنفعة قال في شرح الطحاوي
الكيلي والوزني اذا كان في تبعيضه مضرة اذا طلب احدهما قسمته فان القاضي يقسم بينهما

الاخر
بين
الكثير
قال
مختصره
على
كان
تجوز

وكذلك العددي المتقارب وان كانت اغناما او ابلا او بقرا او جماعة ثياب من جنس واحد فانه
يقسمه فاما الرقيق فلا يقسم بينهم عند ابي حنيفة لانه كاجناس مختلفة لاختلاف منافعهم
وعندهما يقسم كالاغنام والابل والبقر وان كان مع الرقيق مال اخر قسم كله في قولهم
قوله ولو تراضيا على القسمة بغير قضا قاض جاز وان كان ثوب واحدا او حمام او بيت
مما لا ينتفع كل واحد به بعد القسمة فانه لا يقسم بينهما لما ذكرنا ان القسمة لتحصيل المنفعة
ولا يحصل المنفعة لواحد منهما فالذي يطلب القسمة متعنت فيه فالقاضي لا يجيبه الى ذلك
فاما الدار فانه تقسم بينهما الا اذا كانت يصيب كل واحد منهما بعد القسمة ما لا ينتفع به
فحينئذ لا يقسم الا اذا تراضيا على ذلك لان التراضي على الضرر يجوز ثم قال فيه ولو
تراضيا على قسمة الحمام والثوب جاز وان كان لا ينتفع كل واحد منهما بنصيبه بعد
القسمة وقال الكرخي في مختصره قال علي ابن الجعد اذا كان غنم بين رجلين ميراثا او شراء
فاقر انه ذلك فاقر ابو يوسف فان ابا حنيفة قال اقسم بينهما وان لم يقم البينة على الميراث
بعد ان لم يكن في ايديهما ويقران انه لا وارث غيرهما وكذلك قال ابو يوسف وكذلك الابل والبقر
والثياب المروية والهروية وكذلك كل صنف من الثياب يستقيم فيه القسمة واما الثوب
فلا يستقيم فيه القسمة وكذلك الثوبان اذا اختلفت قيمتهما لا يستقيم القسمة الا ان
يزاد مع الاوكس دراهم فسمياه على الذي يصيبه الافضل فان كان احد الثوبين
يساوي عشرين والاخر يساوي ثلثين فانهما يقومان على هذه القيمة ثم يقرع بينهما
على ان ايهما اصابه الاوكس اخذ مع ذلك سدس الافضل فان كرها ذلك واجمعا على
ان يزاد دراهم اسهم بينهما على انه ايهما اصابه الافضل رد خمسة دراهم على صاحب الاوكس
والثوب الواحد لا يستقيم فيه اذا كره احدهما وان اختار ذلك لم يقسم الا ان يصطلحا
على شيء فيما بينهما فاما الحاكم فلا يشقه وثلاثة اثواب يستقيم فيها القسمة على ما فسرت لك
من القيم ثوب بثوبين او ثوب وربع بثوب وثلثة ارباع او دراهم يردها الذي يصيبه الافضل
على صاحب الاوكس وان كان ثوب من كل صنف او قبا وجبة وقميص وبساط ووسادة
فان هذا لا يستقيم وكذلك قال ابو حنيفة من قبل اختلافهما وكذلك شاة وبعير وبرذون
وحمار وقال ابو حنيفة لا اقسم الرقيق ولا يشبه الرقيق ما سواه من الحيوان من قبل
والرقيق لان اختلافه متفاوت وكذلك اللؤلؤ والياقوت والزمرد فاما الفضة التبر والذهب

التبر

التبر والحديد التبر والنحاس التبر فانه يقسم ولا يقسم الانية من ذلك والمكيل والموزون
يقسم قليله وكثيره ولا يقسم حايط بين دارين بين اثنين ولا حمام ولا حانوت
صغير اذا كان الذي يصيب كل واحد لا ينتفع به واذا انتفع احدهما وكان اكثر نصيبا
ولم ينتفع الاخر فان ابا حنيفة قال اقسم وقال ابن ابي ليلى لا اقسم الى هنا لفظ
الكرخي رحمه الله قوله ولا يقسم الجنسين بعضها في بعض هذا لفظ القدوري في مختصره
يعني لا يقسم القاضي جبرا الاجناس المختلفة قسمة جمع بان جمع نصيب احدهما في الابل
ونصيب الاخر في البقر لان في ذلك تفويت جنس المنفعة على الاخر لان قبل القسمة
كان له منفعة في الجنسين جميعا فبعد القسمة فات منفعة احدهما فلم يقع القسمة تمييزا
بل وقعت معاوضة وسبيلها التراضي دون الجبر ولان الجنسين لم يكن فيهما
اختلاط حتى يكون تمييزا فكانت معاوضة ولا يجوز المعاوضة الا بالتراضي قال في التحفة
فاما في المنقول سوى الرقيق ان كان جنسا واحدا مثل الابل والبقر والغنم والمكيل والموزون
فانه جايز بلا خلاف لان التفاوت يسير واما اذا جعل لاحدهما الابل وللاخر البقر لم يجز
لاختلاف الانواع ولذا في الثياب من جنس واحد يجوز القسمة وفي الاجناس المختلفة
لا يجوز وفي الثوب الواحد لا يجوز لانه يحتاج الى القطع وهو ضرر قوله ويقسم
كل موزون ومكيل كثيرا وقليلا والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة وتبر الحديد
والنحاس والآنك بانفرادها والبقر والغنم ذكره تفريعا على مسئلة القدوري
وذلك لان التمييز يحصل في جميع ذلك من غير تفاوت وكذلك تبر الذهب وتبر الفضة
وتبر النحاس وكل صنف من ذلك يقسم لعدم التفاوت فيه ووجود التعديل في
في نصيب كل واحد من الشريكين وعلى هذا المعدود الذي لا يتفاوت كالجوز والبيض
يقسم بعضه في بعض لان التعديل يمكن فيه وكذا في الابل والبقر والغنم
لقلة التفاوت والآنك بالنصب عطفا على قوله كل موزون فيه نسختان والآنك
وهو الاسرب وهي مناسبة لما قبله والنسخة الاخرى والابل وهي مناسبة لما
بعدها قوله ولا يقسم الاواني اي من الذهب والفضة والنحاس يعني لا يقسم
الاواني من الفضة بعضها في بعض وكذا لا يقسم اواني الذهب بعضها في بعض لانها
صارت في حكم الجنسين المختلفين بدليل اختلاف القيم وكذلك الاواني من الصفر والرصاص ولا يقسم

واحدا ذكره تفريعا ايضا وذلك لان القسمة اتلاف جزء منه وفي ذلك ضرر على المتقاسمين
فلا يجوز للقاضي فعله فان تراضيا لم يفعله القاضي ايضا لما فيه من اتلاف الملك ولكنهما
يقتسمانه ان شاءا بانفسهما وكذلك الثوبان اذا اختلفت قيمتهما لان الثوبين المختلفين
لا يعدل احدهما بالاخر الا بزيادة دراهم مع الاوكس وادخال الدراهم في القسمة
لا يجبر عليه القاضي لان القسمة حق في الملك المشترك والشركة بينهما في الثياب فلو
ادخل في القسمة دراهم القسم ما ليس بمشترك وهذا لا يجوز فاذا تراضيا على ذلك جاز للقاضي
ان يقسم لانه لا اتلاف في ذلك لما ذكرنا في شرح الاقطع قوله بخلاف ثلاثة اثواب يمكن جمع
قسمتها كما بين الكرخي وجهها وقد مر قبل هذا قوله وقال ابو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتها — الربوع
وقالا يقسم الرقيق وهذا لفظ القدوري قال الشيخ ابو جعفر الطحاوي في مختصره
واما الرقيق فان ابا حنيفة قال لا يقسم الرقيق وقال ابو يوسف ومحمد يقسم الرقيق كما
يقسم ما سواه فان كان مع الرقيق سواه من عروض او غيرها قسم ذلك كله بينهم
وادخل فيه الرقيق في قولهم جميعا الى هنا لفظ الطحاوي رحمه الله وقال العتابي في الباب
الثاني من كتاب المضاربة من الجامع الكبير ان ابا حنيفة لا يرى قسمة الرقيق وان كان
الجنس واحدا للتفاوت بين الرقيقين في الذكاء والذهن والحقهما بالجنسين المختلفين ومعناه
ان لا يجمع نصيب كل شريك في رقيق واحد فكذلك عندهما على رواية الجامع وكتاب المضاربة
الكبيرة قبل ان يرى القاضي الصلاح في القسمة فاما على رواية كتاب الصوم ورواية كتاب العين
والدين يريان القسمة ويجعلان نصيب كل شريك في رقيق واحد الى هنا لفظ العتابي
وقال فخر الاسلام والامام قاضي خان في كتاب الوصايا من الجامع الصغير وقال ابو حنيفة لا نقسم الرقيق
يريد به قسمة الجمع بان يجمع نصيب احدهما في عبد ونصيب الاخر في عبد فيدفع عبد الى هذا
وعبد الى ذاك من غير رضا الشركاء الا ان يكون معهم شيء اخر من غنم او ثياب او متاع فحينئذ
تقسم ويجعل الرقيق تبعا لغيرهم وقال القاضي بالخيار ان شاء قسم الكل قسمة واحدة وان شاء قسم
كل عبد قسمة على حدة وجه قولهما ان الرقيق متحد جنسا لاتحاد الاسم يدل عليه الحكم
فان من تزوج امراة على عبد صحت التسمية كما لو تزوج على ثوب هروي ويلحق بالاجناس
المختلفة لكثرة التفاوت وكان الراي الى القاضي ان شاء قسم كل واحد قسمة على حدة
الحاقا بالاجناس المختلفة وان شاء قسم قسمة جمع قسمة واحدة كالثياب من صنف واحد

ولهذا

ولهذا لا يقسم الرقيق في الغنيمة بالاتفاق ولابي حنيفة رضي الله عنه ان المقصود
من القسمة تمييز الحقوق وتعديل الانصباء على وجه التساوي من غير تفاوت وذلك
لا يتاتى في الادمي لتفاوت في المعاني الباطنة الا ترى ان واحدا قد يظهر الفطنة — والفضل
وهو بليد في نفسه ابله وهو يظهر البله وله ذهن وافر وعلم غزير وهذا ظاهر بحيث لا
ينكره عاقل منصف يدل عليه قول بعضهم ولم ار في الدنيا اشد تفاوتا من الناس حتى — عذالف
بر واحد وقول الاخر الادب فرد يعدل الاف زايدا والف تراهم لا يساوون واحدا ولان
المطلوب من العبدين يختلف اختلافا فاحشا لانه قد يقصد من احدهما الزراعة ومن
الاخر الخدمة ونحو ذلك يصلح احدهما لما لا يصلح الاخر ومتى اختلفت الاغراض صار الرقيق
في حكم الاجناس المختلفة فتعذر التعديل بين العبدين الا اذا كان مع العبيد مال اخر
فحينئذ يقسم قسمة الجمع من غير رضا الشركاء فيجعل الرقيق تبعا له فكم من شيء يثبت تبعا
ولا يثبت مقصودا كبيع الشرب والطريق ونحو ذلك فان قيل فعلى هذا يجب ان لا يقوم المستهلك
من العبد قيل لما لم يكن من التقويم بد فقوم والقسمة منها بد فلم يجز ان يثبت من غير تعديل
ولا يشبه قسمة الرقيق بين الشركاء قسمتهم بين الغانمين لان في الغنيمة يقسم جميع
الاجناس المختلفة وهنا لا يوضحه ان حق الغانمين ليس يتعلق بعين الغنيمة بل
بالمالية ولهذا كان للامام ان يبيعها ويقسم ثمنها وحق الشركاء يتعلق بالعين والمالية جميعا
ومع فحش التفاوت بين العبدين لا يمكن التعديل فيتعذر القسمة والرقيق العبد ويقال للعبيد ايضا
قوله واما الجواهر فللتفصيل لانه ذكروا لا ستين بقوله لا يقسم الرقيق والجواهر متفرع
عن بيان الرقيق ثم شرع في بيان الجواهر فقال قيل لا يقسم اذا اختلف الجنس يعني الجواب فيه
على التفصيل على قول بعضهم ان كانت اجناسا كاللالي واليواقيت لم يقسم بعضها في بعض فان انفرد
جنس منها امكن التعديل فيه فجازت قسمته اليه ذهب الشيخ ابو نصر في شرحه وقيل في الجواب على
تفصيل اخر ان كانت اللالي واليواقيت كبارا لا يقسم لفحش التفاوت وان كانت صغارا تقسم لقلة — التفاوت
وقيل جواب القدوري على الاطلاق فلا يقسم الجواهر لان جهالة الجواهر افحش من جهالة الرقيق
ثم الرقيق لا يقسم عند ابي حنيفة فالجواهر اولى ولهذا لو تزوج على عبد صح ولا يصح التزوج
على لؤلؤة او ياقوتة وهذا اصح عندي قوله قال ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا بتراضي
الشركاء وكذا الحائط بين الدارين اي قال القدوري في مختصره واصله

هذا ما قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ان الجبر في القسمة انما
يكون عند انتفاء الضرر عن احدهما او عن كلاهما اما اذا تضرر به واحد منهما فلا يجبر
لان تكليف تحمل الضرر امر لم يرد الشرع به والقسمة بالتراضي جائزة كيفما كانت
فقال لا يقسم الحايط وما اشبه ذلك بين الشركاء لما فيه من الاضرار بهم وهذا
في الحمام الصغير الذي اذا قسم لا يبقى منتفعا به انتفاع الحمام فاما اذا بقي نصيب كل
واحد منهم بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس فانه يقسم لانعدام الضرر الا ان
يتراضوا على القسمة لانهم رضوا بتحمل الضرر وقال ابو حنيفة اذا كان طريق بين قوم
ان اقتسموا لم يكن لبعضهم طريق ولا ممر فاراد بعضهم قسمته لم اقسمه وكذلك ان
ان كان في قسمته ضرر على بعض دون بعض في ضيق الطريق او انه لا يجد طريقا لم اقسمه
بينهم الا ان يتراضوا جميعا لان القسمة شرعت لتكميل الانتفاع تحقيقا فلو شرعناها مع
تعذر الانتفاع بحملها دالشي على موضوعه بالنقض والابطال وذلك لا يجوز وان كان
يكون لكل واحد طريق نافذ قسمته اذا طلب ذلك احدهم لانه تحقق المقصود من القسمة فيقسم
واذا كان طريق بين رجلين ان اقتسماه لم يكن لواحد منهما فيه ممر ولكن كل واحد منهما يقدر
ان يفتح من منزله بابا ويجعل طريقه من وجه اخر فاراد احدهما قسمته وابى الاخر قسمته
بينهما لانه يقدر على الانتفاع بملكه من طريق اخرى وليس الشرط بقاءه منتفعا به من هذه الجهة
بل بقاءه منتفعا به في الجملة وانه حاصل واذا كان مسيل ماء بين رجلين اراد احدهما قسمته
وابى الاخر فان كان فيه موضع يسيل الماء سوى هذا قسمته وان لم يكن له موضع الا هذا
لم اقسمه لما ذكرنا ان القسمة على وجه يتعطل عليه الانتفاع بملكه اضرار فلا يصار اليها كذا
في شرح الكافي قوله لما بينا اشار به الى ما ذكر اوايل هذا الفصل بقوله يجوز بتراضيهما
لان الحق لهما وهما اعرف بشانهما قوله قال واذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل
دار على حدتها في قول ابي حنيفة وقالا ان كان الاصلح قسمة بعضها في بعض قسمت بين قوم
ميراثا فاراد احدهم ان يجمع نصيبه منها في دار واحدة وابى ذلك الاخر واختلف الشركاء
في ذلك فان القاضي يقسم كل دار من ذلك بينهم على حدة ولا يضم بعض انصبائهم الى بعض
الا ان يصطلحوا على ذلك وكذلك منزلان في دار متفرقان احدهما في اقصاها

والاخر

كان ع

والاخر في اذناها فان كانا مجتمعين في مكان قسمتهما قسمة واحدة وجمعت نصيب
كل واحد منهما في احدهما ولو كانت داران مجتمعتان قسمت كل واحدة على حدة وقال
ابو يوسف ومحمد ينظر في القسمة فان كانت اذا جمعت انصباء كل واحد في دار كان اعدل
في القسمة جمع ذلك الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وقد اطلق الخلاف بين ابي حنيفة
وصاحبيه ولم يقيد بكون الدور في مصر واحد وكذلك اطلق الشيخ ابو جعفر
في مختصره وكذا اطلق الحاكم الجليل في كافيه وعلى الاطلاق لفظ محمد في الاصل ولكن
القدوري كانه اشار بتقييده بمصر واحد الى رواية هلال الرائي عن ابي يوسف
ومحمد انهما لا يقسمان قسمة واحدة اذا كانت الدور في مصرين بل يقسمان كل دار
على حدة ولقب المسئلة ان الدور لا تقسم قسمة واحدة عند ابي حنيفة خلافا لهما
لهما ان الدور جنس واحد اسما وصورة واجناس معنى لاختلاف المقاصد فيفوض
الامر الى القاضي لترجح احد الوجهين على الاخر ولابي حنيفة رضي الله عنه ان
الدور مختلفة بالنظر الى المقاصد والداران ان استويا في الابواب ودفع اذى الحر والبرد
تختلفان في حق حفظ الامتعة وقد تكون دار ارفق للسكنى في محلة من دار اخرى
في محلة اخرى ويكون احداها امن من الاخرى وقد يكون احداها اوفق لصاحبها
من الاخرى بان كان جيرانه صلحاء او كانت قريبا من المسجد او من الماء وقد يكون احداها انزه
فاذا اختلف في المقاصد صارت كحكم الاجناس فيقسم كل دار على حدة ولهذا لم يصح التوكيل
بشري دار كما لم يصح بشرا ثوب ولا يصح التزوج على دار كالثوب وليس كذلك الدار الواحدة المختلفة
البيوت حيث يقسم قسمة واحدة عند ابي حنيفة لا برضا الشركاء سواء كانت مجتمعة او متفرقة
والبيوت يقسم قسمة واحدة مجتمعة كانت او متفرقة لقلة التفاوت بين البيوت والمنازل ان كانت
في دار واحدة تقسم قسمة واحدة كالدار الواحدة تبعا وان كانت في دور متفرقة او كانت في دار
واحدة لكنها متباينة بان كان احد المنازل في اقصاها والاخرى في اذناها فالجواب
فيها كالدار في قولهم جميعا لان المنزل شبها بالدار والبيت فوفر حظه منهما قوله
وعلى هذا الاقرحة المتفرقة المشتركة القراح الارض البارزة التي لا يختلط بها شي
وقد يجمع على اقراحة اذا كانت اقرحة متفرقة بين رجلين قسم كل
قراح على حدة كالدار في قول ابي حنيفة لان الاغراض تختلف في كل واحد منها

العادية

اس به ضرر

مجتمعة

متفاوتة كالاجناس المختلفة وعندهما الرأي الى القاضي فان شاء قسم قسمة واحدة وان شاء
قسم كل واحد على حدة لانها من حيث الاشتراك في المقصود الاصلي وهو الزراعة كالشيء الواحد
ومن حيث التفاوت في الجودة كالاشياء المختلفة فيفوض امرها الى رأي القاضي ليرجح احد
الطرفين على الآخر **قوله** في الكتاب اي في مختصر القدوري **قوله** وهو رواية هلال
وهو هلال بن يحيى البصري تلميذ ابي يوسف وزفر وسمي هلال الرأي لفقهه **قوله**
وعن محمد انه يقسم احدهما في الاخرى اي احدى الدارين في المصرين **قوله** لانه
بين الدار والبيت اي المنزل سمي به لان المنزل له منزلة بين المنزلين فحاله يشبه الدار
والبيت جميعا لان المنزل اصغر من الدار واكبر من البيت لان المنزل اسم لدويرة صغيرة
فيها بيتان او ثلثة والبيت اسم لمسقف واحد له دهليز **قوله** على ما مر من قبل اي في باب الحقوق
من كتاب البيوع **قوله** قال فان كانت دار وضيعة او دار وحانوت قسم كل واحد منهما
على حدة اي قال القدوري في مختصره يعني لا يقسم الكل قسمة واحدة بل يقسم كل واحد
على حدة لان الدار مع الضيعة جنسان وكذا الدار مع الحانوت فيكون قسمة البعض
في البعض معاوضة فلا يجوز ذلك الا بالتراضي قال صاحب الهداية كذا ذكر الخصاف
وهو ابو بكر احمد بن عمرو الخصاف الشيباني صاحب كتاب ادب القاضي وله تصانيف كثيرة قال
الخصاف في ادب القاضي وان كانت دار وارض او دار وحانوت لم يجمع نصيب كل واحد
من ذلك في احد الصنفين وقسم كل واحد من ذلك بسهم على حدته الى هنا لفظ الخصاف
وانما خص الخصاف بالذكر لان هذه المسئلة لم تذكر في كتب محمد ولا ذكرها الطحاوي والكرخي
في مختصريهما وقال صاحب الهداية وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع دار بالحانوت
لا تجوز اي بمنافع الحانوت واستدل بما ذكر في الاصل انهما جنس واحد فاذا كانا جنسا
واحدا يقسمان قسمة واحدة وقال في الاصل استيجار السكنى بالسكنى لا يجوز واستيجار
السكنى بالخدمة يجوز وذلك لان الجنس بانفراده يحرم النساء واحتاج صاحب الهداية
الى التوفيق بين ما ذكره الخصاف وما ذكره في كتاب الاجارة فقال يحمل ذلك على اختلاف
الرواية او يقال انهما جنسان كما ذكر الخصاف ولكن حرمة الربوا المذكورة في الاصل باعتبار
شبهة المجانسة لا حقيقتها والربوا يثبت بالشبهة ولنا فيما قال صاحب الهداية نظر
لانا نقول سلمنا ان سكنى الدار وسكنى الحانوت جنس واحد ولكن لا نسلم انه يلزم

ان يكون

ان يكون الدار والحانوت جنسا واحدا الا ترى ان سكنى الدار بسكنى الدار الاخرى
لا يجوز لاتحاد جنس السكنى ومع هذا لم يجعل ابو حنيفة الدارين جنسا واحدا
ولم يقسمهما قسمة واحدة بل قسم كل واحدة على حدة قال الصدر الشهيد في شرح ادب القاضي
جعل الخصاف الدار مع الحانوت جنسين مختلفين وذكر في كتاب الاجارة ما يدل على انهما
كجنس واحد لانه قال اذا اجر منافع الدار بالحانوت لا يجوز وجعل منافعهما كجنس واحد
ثم قال
قال شمس الائمة الحلواني اما ان يكون في المسئلة روايتان او يكون هذا من مشكلات هذا
الكتاب **قوله** هنالك اي في اجارات الاصل **قوله** في كيفية القسمة لما فرغ
من بيان ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيان كيفية القسمة فيما يقسم لان الكيفية
صفة عارضة والصفة تتبع الموصوف لا محالة **قوله** قال وينبغي للقاسم ان يصور
ما يقسمه اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه ويعدله ويذرعه ويقوم البناء
ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب
الآخر تعلق ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج
القرعة فمن خرج سهمه اولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني
الى هنا لفظ المختصر والمراد من تصوير ما يقسمه ان يكتب صورته على القرطاس
ليمكنه حفظ ما قسمه او ليرفع ذلك القرطاس الى القاضي حتى يتولى الاقراع بينهم بنفسه
ان كان لم يامره بالاقراع والمراد من التعديل ان يسوي ما يقسمه على سهام الشركاء وفي بعض
نسخ المختصر ويعزله مكان قوله ويعدله اي يقطعه بالقسمة عن غيره ومعناه معنى الافراز
فيكون
تكرارا وانما يقوم البناء لان القسمة لتعديل الانصباء ولا يحصل التعديل الا بتقويم البناء
لان قيمته اكثر من قيمة الساحة ويقوم البناء اولا لانه يحتاج الى ذلك حالة القسمة
لانه يقسم الساحة بالذرع والبناء بالقيمة ويفرز كل نصيب عن الآخر حتى ينقطع المنازعة
على التمام
فيقول هذا لك وهذا له وهذا الآخر فان اقرع بعد الافراز كان احسن نفيا لتهمة الميل
وتطييبا للقلوب واستعمال القرعة عند الاستواء في سبب الاستحقاق احترازا عن
تهمة الميل الى البعض جائز اما اثبات الاستحقاق بالقرعة ابتداء فليس بجائز وقال الكرخي
في مختصره قال ابو حنيفة القرعة في القياس لا تستقيم ولكنا تركنا القياس في ذلك واخذنا
بالآثار والسنة ووجه القياس انه تمليك بخطر فيكون في معنى القمار الا ترى ان ما يخرج

لكل واحد منهم بالقرعة يملكه وينقطع عنه حق الباقين والقرعة لا تصلح في اسقاط الحقوق
وايجاب الملك وجه الاستحسان ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرع بين نسائه
اذا اراد السفر تطييبا للقلوب ولان السلف رضي الله عنهم استعملوا القرعة في
القسمة من غير نكير ثم يقول القرعة ليست في معنى القمار لان عند اهل الاستحقاق
يتعلق بما يستعمل فيه وهنا لا لكون الاستحقاق ثابتا لكل واحد قبل خروج
القرعة الا ترى ان القاضي لو قال بدون استعمال القرعة عدلت في القسمة
فجعلت انت هذا الجانب وصاحبك ذاك الجانب جاز ذلك وانما استعملها ازاحة
للتهمة وتطييبا للقلوب ويجوز مثل هذا كما يستعمل القرعة للبداية في القسم
بين النساء وكما يستعمل في الخروج بواحدة منهن الى السفر تطييبا لقلوبهن
وانما لا يجوز استعمال القرعة لاثبات حق واحد وابطال حق الاخر كمن اعتق
عبدا بغير عينه لا يجوز استعمال القرعة في ذلك حتى يعتق من خرجت قرعته ويرق
الاخر ثم استعمال القرعة بان تكتب انصباء الشركاء او لا ثم يلقب نصيبا
منها بالاول واخر منها بالثاني واخر منها بالثالث ثم تخرج القرعة فايهم خرجت قرعته
اولا يأخذ ما اصابه من القسمة من النصيب الاول ومن خرج ثانيا يأخذه
من النصيب الثاني ومن خرج ثالثا يأخذه من النصيب الثالث كما اذا كان لاحدهم
نصف ولاخر ثلث ولاخر سدس فلقب النصف بالاول والثلث بالثاني والسدس بالثالث
فان خرج السدس اولا يدفع اليه من السهم الاول ثم اذا خرج النصف ثانيا يدفع اليه
من السهم الثاني ويتم النصف بما يليه للاخر وقال في شرح الطحاوي فاذا اقرع
بينهم ينبغي ان يكون لكل واحد ومن خرجت قرعته اولا اعطيته من هذا الجانب
والذي يليه في الخروج بجنب نصيب الاول قوله فان لم يفعل اي انه لم يفرز الطريق
وبقي بينهم كما كان قوله على ما ذكره بتفصيله اي عند قوله فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل
في نصيب الاخر او طريق الى اخره قوله قال ولا يدخل في القسمة الدراهم الا بتراضيهم
اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الذي يعطي الدراهم يتحمل استيفاء زيادة النصيب من الدار
والدراهم في ذمته فيجوز ان تسلم لحصته ويجوز ان لا تسلم فلا يجوز للقاضي ان يتحمل ذلك
ولان القسمة من حقوق الملك المشترك والشركة بينهم في الدار لا في الدراهم فلا يجوز قسمة

ما ليس بمشترك وان فعل ذلك برضاهم جاز لانه قد لا يمكن القسمة الا بان يعدل بالدراهم
قال الكرخي في مختصره واذا كانت الدار بين ورثته فاقتسموها وفضلوا بعضها على بعض
لفضل قيمته والموضع فهو جائز ثم قال فيه ولو اختلفوا في قيمة البناء فقال بعضهم اجعل
قيمة البناء بذرع من الارض وقال بعضهم اجعلها على الدراهم فان القاضي يجعلها على
الذرع لان الدراهم ليست من الميراث وليس كلهم يقدر عليها فاذا وقع البناء في نصيب
احدهم كانت الدراهم دينا عليه فلعلها تتوى عليه والزيادة في الذرع مما ورثوا كلهم
يقدر عليها وتقع القسمة حين يقع والحق لبعضهم على بعض الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله
قوله وان كان ارض وبناء فعن ابي يوسف انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة ذكره تفريعا
على مسئلة المختصر وذلك لان القسمة لتعديل الانصباء ولا يمكن التعديل بين العرصة والبناء
الا بالتقويم فيصار اليه وعن ابي حنيفة انه يقسم الارض بالمساحة اي بالذرع لكون الذرع هو
الاصل في الممسوحات لان قدرها لا يعلم الا بالذرع ثم يرد من وقع البناء في نصيبه دراهم
على الاخر بقدر فضل البناء لانه اكثر قيمة من العرصة غالبا او يرد من كان نصيبه
اجود سواء كان الذي اصابه البناء او اصابه العرصة دراهم على الاخر حتى تحصل المعادلة
وادخال الدراهم في القسمة جاز لضرورة المعادلة كما قلنا في الاخ ليس له ولاية في مال
اليتيم فاذا زوجه ملك تسمية الصداق ضرورة صحة النكاح لان النكاح ليس بمشروع
بلا مهر وعن محمد انه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساوي من العرصة واذا
بقي فضل حينئذ يرد الفضل دراهم يعني يعطي الشريك الاخر من العرصة بمقابلة
فضل البناء او العرصة بالزيادة من العرصة لكثرة فضل البناء فحينئذ يرد من وقع
في سهمه البناء دراهم على صاحبه بمقابلة ما بقي من الفضل لان الضرورة دعت
الى اعطاء الدراهم في هذا القدر فلا يترك الاصل الذي هو الذرع في الممسوحات الى
الدراهم الا لضرورة وهذا تتمة يقسم الدار مذارعة والجعل لاحدهما على الاخر فضل من
الدراهم وغيره قوله وهذا يوافق رواية الاصل قال وان قسم بينهم ولاحدهم مسيل
في نصيب الاخر او طريق لم يشترط في القسمة فان امكن صرف الطريق والمسيل
عنه ليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب الاخر اي قال القدوري في مختصره

وتمامه فيه وان لم يمكن فسخت القسمة قال الشيخ ابو جعفر الطحاوي في مختصره له ح
واذا اقتسمت الدار بين اثنين اهلها فاصاب بعضهم موضع منها بغير طريق اشترط نقصها اي
في القسمة فانه ينظر في ذلك فان كان له منتج ما اصابه الى الطريق امضيت القسمة والا
ابطلت وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي فهذا لا يخلو اما ان يذكروا
في القسمة الطريق او لا يذكروا فان ذكروا فالقسمة جايزة ويمر في الطريق وان لم يذكروا
فانه ينظر ان كان له منتج فيما اصابه فانه يفتح الطريق فيها سواء ذكروا بكل حق
هو له او لم يذكروا وان لم يكن له منتج فيما اصابه ان ذكروا بكل حق هو له فانه يمر في نصيب صاحبه او لم يذكروا ح
وان لم يذكروا بكل حق هو له فالقسمة باطلة وكذلك في حق مسيل الماء قال وقد ذكرنا
في البيوع مع اجناسها فالحاصل انه اذا امكن صرف الطريق والمسيل عن نصيب صاحبه
الى نصيب نفسه بان يكون له منتج وسبيل في نصيبه يقطع طريقه ومسيله من
نصيب شريكه لتحقيق معنى القسمة من غير ضرر وهو الانتفاع بالمحل وان لم يكن ذلك
فان كان الاقتسام على ان ما اصاب كل واحد فهو له بحقوقه يثبت الطريق والمسيل
في نصيب شريكه على حاله لانهما من الحقوق وان لم يذكروا الحقوق فالقسمة باطلة لان
القسام على وجه يمكن ان يجعل لكل واحد لنفسه طريقا ومسيلا لان القسمة وقعت
غلطا لانه لم يتهيا الانتفاع لاحدهم بالمقسوم وهذا بخلاف البيع حيث لا يبطل
البيع لعدم دخول الطريق والشرب في البيع لانهما لا يدخلان في بيع دار وارض من غير
ذكرهما والمراد من الطريق الطريق الخاص في ملك انسان والفرق ان البيع لاثبات
الملك في العين فحسب والدار بدون الطريق والارض بدون الشرب يقبل الملك ولا
يتحقق ذلك الا بالتنصيص واما القسمة فلتكميل الانتفاع بالمحل ولا يكمل ذلك الا
بالشرب والطريق قوله لان القسمة مختلة لبقاء الاختلاط يعني ان القسمة افراز في
الانصباء على وجه ينتفع كل واحد بنصيبه فاذا لم يمكن لاحدهم طريق ومسيل
نصيبه يحتاج الى اختلاطه بصاحبه ليكون له طريق ومسيل وهذا خلاف القسمة
فيفسد ويستانف قوله ولو ذكر بحقوق في الوجه الاول كذلك الجواب اي للحال ان
يستطرق ويسيل في نصيب الاخر اذا امكن صرف الطريق والمسيل وهو الوجه الاول اي ان كان
ذكرت الحقوق في القسمة بان قال القسام هذا لك بحقوقه لان القسمة افراز وتمام ذلك
ان لا يكون

الحقوق وباعتبار معنى الافراز لا يدخلان
يدخلا فاذا ذكر الحقوق دخلا اعتبارا للتكميل ح

ان لا يكون تعلق لكل واحد بنصيب الاخر وتحقيق هذا المعنى بان لا يستطرق ولا يسيل
في نصيب صاحبه بلا ضرر يلحقه بخلاف البيع فانه اذا كان بذكر الحقوق يبقى الطريق
والمسيل على ما كان لان البيع هو التمليك والتمليك يحصل مع بقاء التعلق على الغير
قوله وفي الوجه الثاني يدخل فيهما اي فيما اذا امكن صرف الطريق والمسيل يدخل
الطريق والمسيل في القسمة اذا ذكر الحقوق وذلك لان القسمة لتكميل الانتفاع بالمحل
ولا يكمل الانتفاع الا بالطريق والمسيل وفيهما معنى الافراز وذلك بانقطاع حق كل
عن الاخر فباعتبار معنى تكميل الانتفاع ينبغي ان يدخلا في القسمة وان لم يذكر جميعا
نقلنا اذا ذكرت الحقوق دخلا في القسمة والا فلا قوله بخلاف الاجارة لتعلق بعد له
بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل
يعني ان في الاجارة يدخل الطريق والمسيل بلا تنصيص عليهما ومن غير ذكر الحقوق
لان المقصود في باب الاجارة الانتفاع بالمحل وذلك لا يحصل بدونهما بخلاف البيع فان
المقصود منه تملك العين فحسب وقد يتعذر الانتفاع بالمحل في الحال ويصح البيع كبيع
جحش لا ينتفع به اصلا قوله ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة ان كان يستقيم
لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم ذكر تفريعا
على مسألة المختصر قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره وان اختلفوا في رفع الطريق
فقال بعضهم ارفع طريقا بينهم وقال بعضهم لا ترفع واجعل نصيب كل واحد منهم على حدة
فان الحاكم ينظر في ذلك فان كان يستقيم لكل واحد منهم طريق مستقيم يفتحه في
نصيبه فانه يقسم بينهم بغير طريق يرفع لجماعتهم وان كان لا يستقيم ذلك رفع
الطريق بين جماعتهم الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله والمراد من رفع الطريق ان يترك
الطريق مشتركا بينهم كما كان ويرفع من القسمة ولا يدخل فيها ورفعه جايز اذا تراضوا
على ذلك لانهم لو امتنعوا من القسمة في الكل يبقى مشتركا بينهم على ما كان فكذلك اذا امتنعوا
من القسمة في البعض ثم اذا جاز رفعه عند التراضي وكان نصيب احدهم الانزل
ينبغي ان يبين ذلك في كتاب القسمة رفعا للاشتباه في المستقبل لان صاحبه
ربما ينكر التفاوت بينهما في الطريق ويدعي ان حقه مثل حق صاحبه ويبني امره
على مساواته في السلوك فلا بد من كتبه وثيقة يحتج بها عند التنازع

اما اذا اختلفوا في رفعه فان استقام لكل واحد منهم طريق في نصيبه قسم بينهم من غير
طريق يرفع لجماعتهم لتحقق الافراز على وجه التمام من غير ضرر يلحق بالاخر وان لم يستقم
ذلك رفع الطريق بين جماعتهم لان القسمة المستحقة على وجه ينتفع بالمقسوم ولو لم
يرفع الطريق يتعطل على البعض منافعه الا اذا تراضوا على ذلك لانهم عطلوا منافع املاكهم
باختيارهم ومن ترك النظر لنفسه لا ينظر له كذا في شرح الكافي دونه اي من غير رفع
الطريق قوله ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله ذكره تفريعًا على
مسئلة المختصر وذكر في اللفظ ابهام لانه يسبق الوهم الى ان طول الطريق مقدار طول باب
الدار وليس كذلك بل طول الطريق على اقل ما يكفيهم وبه صرح الحاكم الشهيد في الكافي
والشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره قال الكرخي ولو اختلفوا في سعة الطريق وفي ضيقه
جعل الطريق بينهم على عرض باب الدار وطوله على ادنى ما يكفيهم وقال في قسم المبسوط
من الشامل وعرضه على عرض باب الدار ان اختلفوا وطوله ادنى ما يكفيهم لان حاصل الطريق
يفضي الى الباب دخولًا وخروجًا فيتقدر به وذلك لان حق المرور يجتمع في عرض باب الدار
عند المدخل فلا يزاد عليه قوله ولو شرطوا ان الطريق بينهما اثلاثا جاز وان كان
اصل الدار نصفين ذكره تفريعًا ايضًا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي وان اشترطوا ان يكون الطريق بينهما لاحدهما ثلثه وللآخر ثلثاه فهو
جايز لما ذكرنا ان هذه مبادلة بتراضيهما فيعتبر اصطلاحهما في ذلك وان اشترطا ان
يكون الطريق على قدر مساحة ما في ايديهما فهو جايز وهذا نص على ان بيع الممر
جايز لان القسمة بيع من حيث المعنى وقد ذكر في كتاب الصلح انه اذا كان الطريق لاحدهما
والممر للآخر فباعا الطريق فانه يكون الثمن بينهما نصفين فدل انه دخل في العقد
اصلًا فعلى هذه الرواية يجوز بيع الشرب لانه من جملة الحقوق كالطريق وقال في الزيادات
بيع الحقوق لا يجوز والممر من جملة الحقوق فعلى رواية الزيادات لا فرق بين الشرب والممر في
عدم جواز البيع وكذا حق التعلي ثم قال في شرح الكافي وان اشترطا ان يكون الطريق لصاحب
الاقل وللآخر ممر فيه فهو جايز وان لم يشترطا شيئًا من ذلك ~~شيئا من ذلك~~ فهو بينهما على
قدر ما ورثا لان القسمة لم يتناول الطريق فيبقى بينهما على ما كان في الاصل قوله قال
واذا كان سفل لا علو له وعلو لا سفل له وسفل له علو قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة

هذا

اي تامل

ولا معتبر بغير ذلك القدوري في مختصره ولم يذكر القدوري فيه قول ابي حنيفة وابي يوسف
لانه اختار قول محمد واصحابنا كلهم مثل الطحاوي وغيره اختاروا قول محمد في هذه
المسئلة قال الطحاوي في مختصره وكان ابو حنيفة يقول في العلو الذي لا سفل له
وفي السفل الذي لا علو له يحسب من القسمة ذراع من السفل بذراعين من العلو وكان ابو
يوسف يقول يحسب كل ذراع من السفل بذراع من العلو وقال محمد يقوم كل ذراع من العلو
على ان لا سفل له وكل ذراع من السفل على ان لا علو له وهذا احود الى هنا لفظه رحمه الله قيل
اجاب كل واحد من العلماء على عادة اهل عصره وبلده فكان عادة اهل الكوفة تفضيل السفل
على العلو فابو حنيفة رضي الله عنه اجاب كذلك وكان عادة اهل بغداد التسوية بينهما فابو
يوسف اجاب كذلك ومحمد رأى عادات البلاد مختلفة فمكة والبصرة عامتها العلو احب
اليهم من السفل وكوفة على العكس وعادة بغداد التسوية فاذا كان كذلك اعتبرنا القيمة وقيل
هذا اختلاف معنى اي حجة وبرهان قال شيخ الاسلام علاء الدين ابو الحسن علي بن
محمد الاسبيجابي في شرح الكافي فالحاصل ان عند ابي حنيفة وابي يوسف يقسم من جهة
الذرعان وعند محمد يقسم من حيث القيمة ويعدل بين الانصباء بالقيمة ليرتفع التفاوت
هذا اذا طلب احدهما القسمة عند القاضي وامتنع الآخر اما اذا تراضيا على القسمة كان
الخيار اليهما ان شاء اقتسماها من القيمة وان شاء من حيث الذرعان لمحمد ان الذرع انما
انما يحقق التسوية بين الاجزاء المتماثلة والبناء مع العرصة اجزاء مختلفة فيتعذر تحقيق
التسوية بينهما ذرعًا فصرنا الى التسوية باعتبار القيمة ولان السفل يصلح لما لا يصلح له
العلو كاتخاذ الاصطبل وبئر الماء والسرداب والطاحونة وغير ذلك والعلو يصلح للغرفة
فلم يمكن التعديل بينهما الا بالقيمة ووجههما ان القسمة افراز الحق بافراز محله ومحله
الذات دون القيمة فلا يصار الى القيمة بل يصار الى الذرع لان الشركة في المذروع لا
في قيمته ثم ان ابا حنيفة فضل السفل على العلو وابو يوسف سوى بينهما لان المقصود
الاصلي منها السكنى وحفظ الامتعة وهما سواء فيما يرجع الى الاصلي والتفاوت بينهما في
المرافق والاوصاف فيعتبر في القسمة ولابي حنيفة ان السفل اصل قايم بنفسه وله
قرار والعلو ليس بقايم بنفسه ولا قرار له ولان السفل ينتفع به بدون العلو والعلو لا ينتفع
به بدون السفل فكانت منفعة السفل ضعف منفعة العلو وقال الشيخ الامام ابو الفضل

حيثم

وافراز الحق

محمد بن احمد الاسبيجابي في شرح الطحاوي اذا كان سفل بين رجلين وعلو من بيت
اخر بينهما وارادا ان يقسمه القاضي فانه يقسم البناء على سبيل القيمة بالاتفاق فاما الساحة
فيقسم كل ذرع من السفل بذراعين من العلو فيذرع ساحة العلو طولا وعرضا فيضرب الطول
في العرض فيعلم مبلغه فيدفع كل ذراع من السفل بذراعين من العلو ويكون بينهما تعديل وهذا
قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف يدفع كل ذراع من السفل بذراع من العلو قال وهذا فرع لمسلة
اخرى وهو لصاحب السفل ان يسفل بالاجماع نهذا اذا كان لا يضر بالعلو وليس لصاحب
العلو ان يتعلى فوقه وان لم يضر لصاحب السفل عند ابي حنيفة وعندهما له ان يفعل
ذلك فقد استوت منفعة العلو والسفل عندهما فلذلك قال ابو يوسف كل ذراع من السفل بذراع
من العلو وعند ابي حنيفة منفعة العلو انقص من منفعة السفل فلذلك كان كل ذراع من السفل
بذراعين من العلو واذا كانت بيت كامل وعلو وسفل بين رجلين في بيت اخر بينهما فارادا قسمتها
بالتعديل فكل ذراع من بيت كامل بثلثة اذرع من العلو لان ذراعا من علو ذاك وذراع من سفل
هذا بذراعين من علو ذاك عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعند ابي يوسف كل ذراع من البيت
الكامل بذلك غير من العلو واذا كان سفل وبيت كامل فكل ذراع من البيت الكامل بذراع ونصف
من السفل عنده وعند ابي يوسف كل ذراع من البيت الكامل بذراعين من السفل واما عند محمد
ففي الفصول كلها يقسم على سبيل القيمة وبه اخذ الطحاوي م كذا في شرح الطحاوي
قوله قيل اجاب كل منهم على عادة اهل عصره وقد تربينا انه **قوله** لا يمكنه البناء على علوه
اي على اصل ابي حنيفة رضي الله عنه **قوله** ولمحمد ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد اي
منفعة السفل والعلو تختلف الا ترى ان في البلاد الباردة والتي تهب فيها الريح تختار
السفل على العلو وتختار العلو على السفل في الاراضي التي يكون فيها النزوح وكذلك تختلفان
باختلاف الاوقات كالصيف والشتاء **قوله** في مسلة الكتاب اي في مسلة مختصر القدوري
تجعل على قول ابي حنيفة بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلثة وثلثون وثلث ذراع من
البيت الكامل بمقابلة ثلاثة اذرع من العلو المجرد فاذا ضربت الثلثة في ثلثة وثلثين وثلث ذراع يكون
مائة فيستوي الثلثة والثلثون وثلث ذراع من البيت الكامل مع مائة ذراع من العلو المجرد وتجعل
بالمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون ذراع لان كل ذراع من البيت
الكامل بمقابلة ذراع ونصف من السفل المجرد وهذا معنى قوله لان علوه مثل نصف سفله فاذا

هذا بذراع من علو ذاك

لان الذراع الواحد من البيت الكامل

ضربت الواحد

ضربت الواحد والنصف في ستة وستين وثلثي ذراع يكون مائة لا محالة فيستوي
الستة والستون والثلثان من البيت الكامل مع مائة ذراع من السفل المجرد وتفسير قول ابي
يوسف اظهر لانه يجعل العلو والسفل سواء فيكون خمسون ذراعا من البيت الكامل بمقابلة مائة
ذراع من العلو المجرد او السفل المجرد **قوله** قال اذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان
قبلت شهادتهما اي قال القدوري في مختصره ولم يذكر الخلاف فيه كما ترى وهذا
قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يقبل وبه قال الشافعي كذا في شرح الاقطع وقول
ابي يوسف اولا كقول محمد ثم رجع الى قول ابي حنيفة ذكره الطحاوي في مختصره وذكر
الخصاف في ادب القاضي قول محمد كقولهما قال واذا قسمت الدار والارض بين الورثة
فانكر بعضهم ان يكون استوفى نصيبه تشهد عليه قاسما القاضي اللذان توليا القسمة
بينهم انه قد استوفى نصيبه فان شهادتهما جائزة عليه في قول ابي حنيفة وابي يوسف
ومحمد بن الحسن الى هنا لفظ الخصاف وكان القدوري ذهب الى ما ذكره الخصاف
وجه قول محمد انهما شهدا على فعل انفسهما فكانا متهمين فلا يقبل شهادتهما كمن علق عتق
عبده بكلام رجلين فشهدا انه قد كلمها ولهما ان فعلهما القسمة وهما لا يشهدان على
ذلك وانما يشهدان على القبض والاستيفاء وذاك فعل غيرهما لانهما يشهدان ان هذا
القسم لهذا وذاك لهذا فتقبل الشهادة على فعل الغير ولان العهدة لا تلزمهما فصار من وقع
له التصرف كانه المباشر بنفسه فلم يجعل القاسم شاهدا على فعل نفسه وقيل هذا اذا لم
يقسما بالاجرة فاذا قسما بالاجرة لا يقبل شهادتهما روى ذلك عن الطحاوي واليه
اشار في تعليل الاصل حيث قال لانهما لا يجران الى انفسهما شيئا **قوله** او لانه لا يصلح
شهودا به اي لان فعل انفسهما الذي هو التمييز لا يصلح مشهودا به لكونه غير لازم لصحة
الرجوع قبل القبض الا ترى الى ما قال في باب قسمة الحبوب من شرح الكافي فان كان في
الميراث ابل وبقر وغنم فجعلوا الابل قسما والبقر قسما والغنم قسما واقترعوا على ان ما اصاب
الابل رد كذا وكذا درهما على صاحب نصفين فهو جائز لان القسمة على هذا الوجه تقع
بينهم بتراضيهم وصار كانه اخذ بعض الابل عوضا عن حقه وبعضها بالدراهم فيجوز
لتعديل الانصباء فان ندم احدهم بعد ما وقعت السهام لم يستطع نقض ذلك
وجازت القسمة عليهم لان القسمة قد تمت والانصباء قد ظهر فلا يستطيع الرجوع

الكافي

وان رجع جاز له الرجوع عن ذلك قبل ان يقع السهام فله ذلك لان القسمة لم تتم وكذلك ان وقع سهم وبقي سهمان جاز له الرجوع لان القسمة بعد لم يتم ولو وقع سهمان وبقي سهم لم يكن له ان يرجع لان القسمة قد تمت لانه اذا ظهر نصيبهما تعين الباقي للباقي ولكن مع هذا الثاني تعليل صاحب الهداية نظر قوله ولو شهد قاسم واحد لا يقبل ذكره تفريعا على مسئلة المختصر قال في كتاب ادب القاضي من شرح الكافي ولو شهد قاسم واحد على القسمة لم يجز لان قول الواحد ليس بحجة في الشرع وكذلك امين القاضي اذا امره ان يدفع مالا فقال قد دفعته وانكر المدفوع اليه فالامين يصدق في البراءة لنفسه ولا يصدق على الاخر انه قبض لان قول الامين حجة دافعة غير ملزمة والله اعلم

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق

فيما اخر دعوى الغلط والاستحقاق لان ذلك من العوارض والاصل عدمهما فيحتمل التاخر والاصل في هذا الباب ان الاختلاف متى وقع في نفس القسمة تحالفا وانتقضت القسمة ومتى وقع الاختلاف في امر بعد القسمة لا يتحالفان لان القسمة فيها معنى المعاوضة من الطريقين لان كل واحد منهما ياخذ ما يأخذ بجهتين بعضه انه اصل حقه وبعضه بجهة انه بدل حقه فاشبه الاختلاف في القسمة الاختلاف في البيع فيتحالفان اما اذا وقع الاتفاق على صحة القسمة ثم ادعى احدهما الغلط على الاخر ادعاه صار كدعوى الغصب منه ابتداء فيكون البينة على المدعي واليمين على المنكر قوله قال واذا ادعى احدهم الغلط وزعم ان مما اصابه شيئا في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة اي قال القدوري في مختصره وذلك لانه يدعي حق الفسخ في عقد عقده واقر باستيفاء حقه فلا يقبل قوله بغير حجة فاذا اقام البينة تقضى له بتمام حقه وان لم تقم له بينة استحلف الشركاء على ذلك كساير الدعاوي قال صاحب الهداية ينبغي ان لا يقبل دعواه اصلا لتناقضه يعني ان البينة تترتب على الدعوى الصحيحة والدعوى لا تصح مع التناقض لانه اقر باستيفاء حقه ثم ادعى انه لم يستوف واعتذر بعضهم في هذا فقال التناقض عفو في موضع الخفا كالعبد يدعي الحرية بعد اقراره انه رقيق وقال الحاكم الشهيد في الكافي وقال ابو يوسف ومحمد في رجل مات وترك دارا

ونزل اثنين فاقتسما الدار واخذ كل واحد نصيبه واشهد على القسمة والقبض والوفاء ثم ادعى احدهما بيتا في يد صاحبه لم يصدق على ذلك الا ان يقر صاحبه فعلم بهذا انه لا يقبل بينته بعد الاقرار بالاستيفاء كما قال صاحب الهداية وذلك لانهما اذا اشهدا على الوفاء فقد اقر كل واحد منهما بوصول حقه اليه بجهة التمام فاذا ادعى انه لم يصل لم يقبل للتناقض قال الحاكم فان لم يكونا اشهدا على الوفاء ولم يسمع منه اقرار بالقسمة حتى قال اقتسمنا فاصابني هذه الساحة وهذا البيت والساحة في يده والبيت في يد صاحبه وقال شريكه بل اصابني البيت وما في يدي حلفه فاني اسال المدعي اكان في يده قبل القسمة فلم يدخله في القسمة سالته البينة على ذلك فان لم تقم البينة تحالفا وتناقضا فقال في شرح الكافي لان الاختلاف وقع في نفس القسمة لانه ينكر وقوعها بصفة المعادلة اما اذا قال اخذه مني بعدما تقاسمنا فهذا دعوى الغصب عليه فيكون الحاكم فيه كالحكم في ساير الدعاوي ولا ينتقض القسمة لانها وقعت بصفة يستحق تقريرها لا نقضها وهي صفة المعادلة قال ولذلك الاختلاف في الحد وكذلك الاختلاف في اجناس الاموال اذا ادعى ان شيئا من هذه الجملة في يد صاحبي يستحقه انه كان في يده قبل القسمة لان لكل واحد من هاتين الجهتين حكما يخصه وقال في الكافي ايضا ولو اقتسما دارا فلم يشهد على القسمة حتى اختلفا فقال هذا اصابني هذه الساحة وهذا البيت فيما وقال الذي هو في يده اصابتني هذه الجملة تحالفا وترادا فقال في شرح الكافي لان الاختلاف هنا وقع في نفس القسمة لانه يقول القسمة وقعت على وجه دخل البيت في نصيبي والاخر ينكر وقوعها على هذا الوجه فيتحالفان وينتقضان القسمة وان كانت لهما بينة انفذت ما شهدت به الشهود ولو اقام كل واحد منهما بينة على صدق ما يدعيه اخذت ببينة الذي ينكر وقوع البيت في قسم صاحبه ويدعي وقوعه في قسمه قوله استحلف الشركاء فمن حلف منهم فلا سبيل له عليه لوجود المبري عن دعواه ومن نكل يقضى في حقه بفساد القسمة ويضم ما في يده الى ما في يد المدعي فيقسم بينهما على قدر

انصبابهما المحصل المعادلة **قوله** واليه اشار من بعد يعني في قوله وان قال اصابني الى موضع كذا
فلم تسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء تحالفا وكان فيه اشارة الى انه لا يسمع دعواه
اذا اشهد على نفسه بالاستيفا **قوله** وان قال استوفيت حقي واخذت بعضه والقول قول
خصمه مع يمينه هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لانه ادعى عليه الغصب والتناقض في
دعواه فيجب على المنكر اليمين لصحة الدعوى الا ان تقوم للمدعي بينة **قوله** وان قال اصابني الى
موضع كذا فلم تسلمه اي ولم تشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا
وفسخت القسمة هذا لفظ القدوري ايضا اي كذبه شريكه في قوله اصابني الى موضع كذا
وذلك لانهما اختلفا في نفس القسمة لانهما اختلفا في قدر ما حصل بالقسمة فاشبه
الاختلاف في قدر المبيع فوجب التحالف قال الكرخي في مختصره واذا اقتسم رجلان
دارا واخذ كل واحد منهما طايفة فادعى احدهما بيتا في يد الاخر فقال هذا مما اصابني
وكذبه الاخر فان عليه البينة فان اقاما جميعا اخذت بينة المدعي الذي ليس في يديه
ولا اقبل بينة الذي هو في يديه وكذلك هذا الارضين ولو لم يشهدا على اصل القسمة و
اختلفا في ذلك فقال هذا اصابني هذه الناحية وهذا البيت فيها وقال الذي في يديه اصابني
هذا كله فانهما يتحالفان ويترادان القسمة ولو كانت لهما بينة انفذت قسمتهما على ما
شهدت به الشهود الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله **قوله** ولو اختلفا في التقويم
لم يلتفت اليه ذكر تفريعا على مسئلة القدوري قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي وان اقتسما مائة شاة فاصاب احدهما خمس وخمسون
شاة واصاب الاخر خمس واربعون شاة ثم ادعى صاحب الاوكس غلطا في التقويم
لم تقبل بينته في ذلك لان القسمة منهم اقرار بالتساوي فاذا ادعى التفاوت فقد
انكر ما اقر به فلا يسمع ولان القسمة فيها معنى المبادلة فصار دعوى الغلط فيها كدعوى
الغبن في البيع وهذا لا يستحق نقض البيع فكذا هنا كذا في شرح الكافي ولم يفصل
بينهما اذا كانت القسمة بالقضاء او التراضي وبينما اذا كان الغبن يسيرا او فاحشا
كما ترى وكذلك اطلق الكرخي في مختصره وقال في الشامل في قسم المبسوط
اختلفا في التقويم لا يلتفت الى قولهم لان القسمة ان كانت بقضاء القاضي فالقاضي

٥٣

لا يقضي الا بتقويم المقومين فصار كما لو قضى ثم ادعى انه زور وان كانت بالتراضي فهو
يدعي غبنا والعقد لا يخلو عنه وقال في كتاب ادب القاضي من شرح الطحاوي اذا ادعى
الغلط في التقويم وكانت قيمته الفين وانتم قومتموه بالف فهذا لا يلتفت اليه لانه
يدعي الغبن ولا الغبن بالتقويم لا يبطل القسمة كالبيع ثم قال وقيل هذا اذا كانت قسمة
الرضا واما اذا كانت قسمة القضا له حق الفسخ لانه لم يرض بذلك وقال في الفتاوي
الصغرى ادعى احد المتقاسمين الغلط في القسمة من حيث القيمة يعني اذا ادعى غبنا
في القسمة ان كان يسيرا بحيث يدخل تحت تقويم المقومين لا يسمع دعواه ولا يقبل
بينته وان كان فاحشا بحيث لا يدخل تحت تقويم المقومين فان كانت القسمة بالقضاء
لا بالتراضي يسمع بينته بالاتفاق وان كانت بتراضي الخصمين لا بقضاء القاضي لم يذكر في الكتاب
وحكي عن الفقيه ابي جعفر انه كان يقول ان قيل يسمع فله وجه بخلاف الغبن في البيع
ولئن قيل لا يسمع فله وجه ايضا كما في البيع وحكي عن الفضلي انه كان يقول يسمع كما اذا
كانت بقضاء القاضي وهو الصحيح كذا ذكره في شرح المختصر وذكر في ادب القاضي من
شرح القاضي الامام الاسبيجابي ان دعوى الغبن في القسمة اذا كان بالتراضي لا يسمع
كما في البيع ثم قال بعض المشايخ قالوا يسمع كما لو كانت القسمة بقضاء القاضي وذكر
الاسبيجابي في شرحه دقيقة لطيفة فقال وهذا كله اذا لم يقر الخصم بالاستيفاء فاما
اذا اقر بالاستيفاء فانه لا يصح دعواه الغلط والغبن الا اذا ادعى الغصب فحينئذ يسمع دعواه
الى هنا لفظ الفتاوي الصغرى وفي الذخيرة قول ابي جعفر يشبه انها لا تسمع لان القسمة في
شرطها المعادلة فاذا فاتت المعادلة وجب نقض القسمة فليسمع البينة **قوله** لما قلنا
اشارة الى قوله لم يصدق وذلك الا ببينة **قوله** وكذا اذا اختلفا في الحدود واقاما البينة
يقضي لكل واحد الجزء الذي في يد صاحبه ذكره تفريعا قال في شرح الكافي فان
اختلفا في الحد بينهما فقال احدهما هذا الحد لي قد دخل في نصيب صاحبه وقال
الاخر لا بل هذا الحد لي قد دخل في نصيب صاحبه فان قامت لهما بينة قضيت
به بينهما لانه في ايديهما وقد قامت لكل واحد منهما بينة فيقضى به بينهما وان
لم يكن لهما بينة استحلفت كل واحد منهما على دعوى صاحبه وجعلت الكل

في معنى البيع ودعوى الغبن في البيع لا تسمع ولا ينتقض البيع فكذا القسمة

واحد منهما في يده لان كل واحد منهما مدعٍ ومدعًا عليه ولو اراد احدهما رد القسمة ردها بعدما تحالفا لان الاختلاف وقع في نفس القسمة وهذا اذا طلب احدهما الرد فحينئذٍ ينقض القاضي القسمة لانه عقد تم بينهما حتى يطلب احدهما الرد فيرده القاضي قال في الشامل تاويل هذه المسئلة حائلة بين النصيبين فيقول كل واحدٍ هذا دخل في نصيبي الى الجانب الاخر **فصل فعله** قال واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه لم تفسخ القسمة اي قال القدوري في مختصره ولم يذكر خلاف محمد ان قوله مضطرب ذكر قوله في رواية ابي حفص مع ابي حنيفة وذكر في رواية ابي سليمان مع ابي يوسف وذكر الحاكم قول محمد مع ابي يوسف والكرخي مع ابي حنيفة قال صاحب الهداية ذكر القدوري في الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار وكذلك ذكر في اشارات الاسرار ايضا حيث قال اذا اقتسم رجلان دارا بينهما ثم استحق من نصيب احدهما بيت معين لم يبطل القسمة ولكن يتخير المستحق عليه ان شاء ضرب في نصيب صاحبه بما يساوي به صاحبه وان شاء استانف عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يستانف القسمة وقول محمد مضطرب والصحيح ان الاختلاف في الاستحقاق بعض شايع في نصيب احدهما لان محمدا ذكر الخلاف في استحقاق نصف ما في يد احدهما في كتاب الاصل وكذلك ذكر الحاكم في مختصره المسمى بالكافي وكذلك ذكر الطحاوي والكرخي في مختصريهما كلهم ذكروا على منوال واحدٍ والنصف اسم للشايع لا محالة قال الكرخي في مختصره قال محمد واذا كانت دار بين رجلين نصفين فاقتسماها فاخذ احدهما الثلث من مقدمها وقيمته ستمايه واخذ الاخر الثلثين من موخرها وقيمتها ستماية ثم اصطلحا على ذلك مير اثا كانت بينهما او شرا ثم استحق نصف ما في يدي صاحب المقدم فان ابا حنيفة قال في هذا يرجع صاحب المقدم على صاحب الموخر بربع ما في يده وقيمته ذلك مايه وخمسون درهما ان شاء وان شاء نقض القسمة وهو قول محمد وقال ابو يوسف يرد ما بقي في يديه ويبطل القسمة ويكون ما بقي في ايديهما بينهما نصفين الى هنا لفظ الكرخي والحاصل ان المسئلة على ثلثة اوجه ففي استحقاق بعض معين في احد النصيبين او فيهما جميعا لا ينقض القسمة بالاتفاق وفي استحقاق شي شايع في النصيبين

لا ينقض الا بصدور ضمن ذي ولاية كما باب البيع اذا تحالفا ويرتفع العقد بينهما

المقدم

ينقض القسمة بالاتفاق وفي استحقاق بعض شايع في احد الطرفين لا ينقض القسمة عند ابي حنيفة رضي الله عنه خلافا لابي يوسف وهي مسئلة الكتاب وقال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وضع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة لانه اعتبر القيمة والقسمة بالقيمة عند ابي حنيفة لا تصح الا عن تراض اما في استحقاق البعض المعين فانما لا ينتقض القسمة لان القسمة للافراز ومتى استحق شيء معين من احد الطرفين او من كليهما لا يختل معنى الافراز في حق المحل المشترك لكنه من حيث المعنى كانه قسم المشترك وضم اليه ما لا الغير فلا يختل بالضم معنى القسمة لكنه يتخير ان شاء نقض القسمة من الاصل لانه ما رضي بها الا على تقدير المعادلة وقد فاتت واما في استحقاق البعض الشايع في النصيبين فانما ينتقض القسمة بالاتفاق لان باستحقاق شي شايع بينهما يتعذر الانتفاع بالباقي حتى تقسم فلم تفد القسمة الاولى ما وضعت له من ضرورته منهما كتا من الانتفاع بحصته فكل تصرف لا يفيد مقصوده يقع باطلا واما اذا استحق البعض الشايع في احد الطرفين ففيه الخلاف لابي يوسف المعنى الذي حكم لاجله بانتقاض القسمة عند استحقاق جزءٍ شايع من الجانبين موجود ههنا لانه لا يبقى حينئذٍ معنى القسمة وهو الافراز ولهذا يجب الرجوع على شريكه شايعا بخلاف استحقاق البعض المعين فانه لا ينافي الافراز فيما ورا ذلك البعض ولكن المستحق عليه بالخيار ان شاء ابطل القسمة لانه استحق بعض المعقود عليه والتشقيص في الاعيان عيب والعيب يوجب الخيار وان شاء لم يبطل القسمة ورجع على صاحبه بربع ما في يده اعتبارا للجزء بالكل ولابي حنيفة ان القسمة عبارة عن الافراز وباستحقاق جزءٍ شايع من احد الطرفين لا يختل معنى الافراز لانه لا يوجب الشيوع في نصيب الاخر فلا ينتقض القسمة كما في استحقاق البعض المعين بخلاف الاستحقاق في الجزء الشايع في الكل حيث ينتقض القسمة لانه ظهر شريك ثالث فلو لم تبطل يحتاج الى قسمة ما في يد كل واحد منهما فيتفرق نصيبه في موضعين فيؤدي الى الضرر والضرر منفي شرعا وانما يرجع على شريكه بربع ما في يده لانه لو استحق كل ما في يده رجع على شريكه بالنصف فاذا استحق النصف رجع بالربع لانه نصف النصف اعتبارا للجزء بالكل والشيخ ابو الفضل حقق الخلاف في استحقاق البعض المعين وساق كلامه على ذلك فقال وابو يوسف يقول الاستحقاق يخرج الفعل

من لم يكن تمييزا في حصته فبطل معنى القسمة كما لو استحق جزء شايع في نصيبه
وابو حنيفة يقول بان الافراز قايم الا ترى ان الابتداء لو افرز على هذا المثال كان كاملا
لتمكن فيه اضرار بالمستحق عليه فيخير بخلاف الشايع لان الافراز نصيبه لم يوجد
اذا شاركه انسان بكل ما في يده الى هنا لفظ الاشرات **قوله** وصورة المسلة اراد
~~ثم استحق النصف الباقي~~ اراد بها مسلة الكتاب لا المسلة المستشهد بها **قوله** ولو باع
صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي رجع بربع ما في يد الاخر عندهما اي عند
ابي حنيفة ومحمد ذكرها تفريعا على مسلة العلدرجي وقد ذكر الحاكم قول محمد هنا مع
ابي يوسف كما في الاولى وذكر الكرخي قوله مع ابي حنيفة كما في الاولى وذلك لان من اصل
ابي حنيفة رضي الله عنه ان القسمة لا ينتقض فيحتاج الى تحقيق معنى المعادلة فيقول لو استحق
جميع ما في يده رجع بنصف ما في يد صاحبه فاذا استحق النصف رجع بالربع اعتبارا للجزء
بالكل وذا معنى قوله كما ذكرنا وعند ابي يوسف ينتقض القسمة فيقتسمان الباقي بعد
الاستحقاق وقد ملك النصف الذي باعه بحكم القسمة الفاسدة لانها بمنزلة البيع الفاسد
فيفيد الملك عند اتصال القبض بها لكن المعاوضة وقعت في حق نصف النصف لانه
يلخذ الربع بطريق الاصالة والربع عوضا عن حقه في الطرف الاخر والمملوك بحكم العقد
الفاسد مضمون بالقيمة لانه تعذر الوصول الى عين حقه لمكان البيع فيصار الى القيمة
قوله وسقط خيار بيع البعض اي سقط خيار المستحق عليه في فسخ القيمة لانه
باع البعض وحق الرجوع بالربع تحقيقا للمعادلة قال الكرخي في مختصره فان كانت مايه
شاة بين رجلين نصفين ميراثا او شراء فاقتسماها واخذ احدهما اربعين شاة تساوي
خمس مايه واخذ الاخر ستين تساوي خمسمايه فاستحق شاة من الاربعين تساوي عشرة
دراهم فانه يرجع بخمسة دراهم في الستين شاة في قول ابي حنيفة وابي يوسف
ومحمد ايضا فيكون الستون شاة شاة بينهما يضرب فيها هذا بخمسة دراهم ويضرب
فيه الاخر بخمسمايه درهم الا خمسة دراهم الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله لا ينتقض
القسمة بالاتفاق لان الاستحقاق اذا ورد على شي معين لا ينتقض القسمة وقد ورد على شاة
بعينها فيوجب الرجوع بنصف قيمة الشاة المستحقة لتحقيق المعادلة وتبين ان بينهما
الفا الا عشرة دراهم وقد وصل الى صاحب الستين خمسمايه والى صاحب الاربعين اربعمايه

وتسعون

وتسعون وبقي له خمسة دراهم الى تمام حقه فيضرب في الستين شاة بخمسة دراهم
وشريكه بار بعمايه وخمسة وتسعين **قوله** قال ولو وقعت القسمة ثم ظهر في
التركة دين محيط ردت القسمة ذكرها تفريعا على مسلة القدوري وهي من مسايل
الاصل ولكن كان ينبغي ان لا يذكر في اول المسلة لفظ قال لانه لم يذكر هذه البداية ولا تفاوت
بين ان يكون الدين قليلا او كثيرا وبه صرح الحاكم الحاكم في الكافي والكرخي في مختصره
الا ان يكون للميت ما سوى ذلك يبيع بالدين والقدت الحكمة وذلك لان الدين يمنع دخول التركة
في مال الوارث وكذلك اذا لم يكن للميت مال اخر لكن الورثة قضوا والدين على قدر مواريثهم
او ابرا الغريم الميت جازت القسمة ولو كان الميت قد اوصى بالثلث فاقتسم الورثة وصاحب
الثلث غايب فله ان يبطل القسمة اذا جاء وكذلك ان اقتسموا وفيهم وارث غايب وليس
للميت وصي ولا للغايب وكيل ثم قدم الغايب فله ان يبطل القسمة وكذلك لو كان في الورثة صغير
ليس له وصي فكبر فله ان ينقض القسمة كذا قال الكرخي وقال ايضا وكل قسمة وقعت بين الشركاء
وفيهم غايب ثم قدم فله ان يبطل القسمة وكذلك ادعى بعض الورثة المقتسمين دينا فاقام
بينة فله ان ينقض القسمة ولا يكون قسمته ابراء من دينه وكذلك وارث ادعى وصية لابن له
صغير واقام على ذلك بينة وقد قسمت الدار والارض على المواريث فان هذه القسمة لا
تبطل حق ابنه في الوصية فان اراد الاب ان يطلب حقه ويرد القسمة فليس له ذلك
لانه قد اقر انه لا وصية لابنه ولكن الابن يطلب حقه اذا كبر ويرد القسمة كذا ذكر
الكرخي في مختصره **قوله** ولو ادعى احد المتقاسمين دينا صح دعواه ذكرها تفريعا على
مسلة الهداية المختصر وذلك لان الدين لا يتعلق بعين التركة بل بمعناها وهو المالية الا
ترى ان للورثة حق ابقاء الدين من مال اخر واستخلاص التركة لانفسهم فلم يكن الاقدام
دالا على ان المقسوم مشترك فلم يمنع بعد ذلك دعواه لنفسه خاصة للتناقض قال في
قسم المبسوط من الشامل اقتسمت الورثة دارا وفيهم امراة الميت ثم ادعت بعد القسمة
مهرا على زوجها واقامت البينة بنقض القسمة وكذلك الوارث لو ادعى دينا لان المهر
لا يتعلق بعين التركة بل بمعناها فلم تكن بالاقدام على القسمة مقرة بان لا حق لها
فصل في المهاياة شرع في المهاياة وهي قسمة المنافع بعد بيان قسمة الاعيان
لانه يحتاج اليهما وقدم الاعيان لان العين اصل لكونه قايما بنفسه والمنافع اعراض

لا تقوم بنفسها بل بالعين ومسايل هذا الفصل من مسايل الاصل لم يذكرها محمد في الجامع الصغير
والقدوري في مختصره ولهذا لم يذكرها صاحب الهداية في البداية وانما ذكرها هنا
تكثيرًا للفوايد قال الطاوسي في اختلاف الفقهاء الى طلبت في ذلك قول الشافعي
فلم اجده وظاهر مذهبه ان الحاكم لا يجوز لن يجبر على المهاياة وهكذا يذكر اصحابه اليوم
وقال في كتاب ادب القاضي من وجيزهم القناة والحمام وما لا يقبل القسمة تجري فيها
المهاياة ولكن لا تجبر عليها وقال في شرح الاقطع قال اصحابنا ان المهاياة في المنافع المشتركة
عقد جايز واجبت اذا طلب احد الشريكين وقال الشافعي لا يجوز والدليل على مشروعيتها
الكتاب والسنة والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم والمراد من
القسمة ما ذكرها الله تعالى في اية اخرى بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم اخبر
عن الانتفاع بين قوم صالح وبين الناقة على التناوب وشريعة من قبلنا تلزمنا على انه
شريعتنا ما لم يرد النسخ واما السنة فما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج
الى غزوة بدر مع اصحابه على نواضح المدينة ليس لهم ظهر غيرها فكان تخرج منهم الثلثة
على البعير الواحد بالتناوب ليس فيهم فارس غير مصعب بن عمير والمقداد بن الاسود
وروي عن عقبة ابن عامر الجهني قال كنا نتناوب في رعي ابل الصدقة على عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم واما المعقول فهو ان الاعيان خلقت للانتفاع فمتى كان الملك مشتركا
كان حق الانتفاع مشتركا ايضًا والمحل الواحد لا يحتمل الانتفاع على الاشتراك في زمان واحد
فيحتاج الى التهايؤ تكميلًا للانتفاع وان المنافع ملك مشترك يجوز استحقاقه في
العقود فجاز وقوع القسمة فيها كالاعيان فان قيل المهاياة تمليك منافع بمنافع
من جنس واحد فهي اجارة ولا يكره القاضي على الاجارة قلنا لا نسلم انها اجارة لانه
تستوفى منفعة ملك نفسه بل هي قسمة منافع الاعيان ثم التهايؤ قد يكون من حيث
المكان كالدار الكبيرة يسكن احدهما ناحية منها والاخر ناحية اخرى وقد يكون من حيث
الزمان بان ينتفع احدهما بالعين مدة والاخر مدة كالدار والارض ونحو ذلك مما يحتمل القسمة
واما فيما لا يحتمل القسمة كالدابة الواحدة والعبد الواحد لا يتاتى القسمة الا من حيث
الزمان والاصل في المهاياة لن تعتبر بقسمة العين لانها تبنا عليها وقسمة العين قد تقع افرازا
في الاعيان المثلية حتى يجبر عليه ويجوز بيع نصيب احدهما بعد القسمة مرابحة لخصته من الضمان الاول وفي الاعيان

المتفاوتة

المتفاوتة التي لا تحتمل التقريب كالدواب المختلفة يقع تمليكا حتى لا يجبر عليه ولا يجوز بيع
نصيب احدهما مرابحة بعد القسمة في الاعيان المتفاوتة التي تحتمل التقريب كالدواب
من نوع واحد فيه معنى التمييز من وجه حتى تجبر عليه وفيه معنى التمليك من وجه حتى
لا يجوز بيع نصيب احدهما مرابحة بحصته من الضمان الاول فالقسمة في المنافع
بهذه المثابة وانها على وجوه اما ان يكون في الدار الواحدة والدارين او في العبد
او العبدين او في الدابة او في الدابتين من حيث المنفعة او من حيث الاستغلال
وقد يكون في اجناس مختلفة وسيجي بيان جميع ذلك بعد هذا ان شا الله تعالى **قوله** ولو
وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة تقسم وتبطل المهاياة لانه ابلغ اي
لان قسمة العين ابلغ من قسمة المنفعة في تمليك الانتفاع لاجتماع المنافع في الزمان
الواحد وفي التهايؤ يحصل ذلك على التعاقب قال في كتاب الصلح من الشامل ولكل
واحد نقض المهاياة بلا عذر اذا لم يرد التعنت لانه بمنزلة العارية وورثتهما بمنزلتهما
وقال في الكفاية طلب احدهما قسمة العين بعد المهاياة قسم الحاكم وفسخ المهاياة لان
الاصل القسمة **قوله** ولو تهايئا في دار واحدة على ان يسكن هذا طايفة وهذا طايفة او هذا
علوها وهذا سفلها جاز اراد بالطايفة الناحية من الدار سوا ذكر المدة او لا لانها عقد
قسمة المنفعة كقسمة العين والمنفعة غير مختلفة فجازت قال صاحب الهداية و
التهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة اي التهايؤ من حيث المكان افراز
لا مبادلة الا ترى انه لا يشترط فيه بيان المدة فلو كانت مبادلة لاشترط ذلك لانه
يكون تمليك المنفعة بعوض كالاجارة ولكل واحد منهما ان يستغل ما اصابه شرط ذلك
في عقد المهاياة او لا لان المنفعة حدثت على ملكه وبعض مشايخنا جوز الاستغلال
اذا شرط كل واحد ان يستغل ما اصابه والا فلا **قوله** ولو تهايئا في عبد واحد على ان يخدمه
هذا يومًا وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير يعني يسكنه احدهما يومًا والاخر
يومًا قيد بالتهايؤ على خدمة العبد الواحد احترازًا عن التهايؤ على غلة العبد الواحد
فانه لا يجوز بالاتفاق بيانه فيما ذكر شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في
كتاب الصلح من شرح الكافي والتهايؤ في الخدمة في العبد الواحد او العبدين جايز
وفي الكيسانيات في العبدين ينبغي ان لا يجوز ايضًا ها هنا عند ابي حنيفة اعتبارًا

برقبتهما ولكن الفرق ما ذكرنا اشار به الى ان في الرقبة انما لا يجوز القسمة جبرا لفحش التفاوت
وفي المنفعة يحتمل التقريب والتهايؤ على الغلة في العبدين باطل في قول ابي حنيفة
وعندهما يجوز وفي العبد الواحد لا يجوز بالاجماع فرقا بين هذا وبين غلة الدار بان
القسمة انما تجوز على تقدير الاعتدال لانه عند فوات الاعتدال يتمكن فيه معنى التمليك وتمليك
الغلة قبل الوجود باطل وفي غلة الدار قلما يقع التفاوت لما ان اسباب التغير لا تعترض
في الدار في زمان وفي العبد يعترض لانه حيوان لا يخلو عن آفة عادة خصوصا عند
لحوق تعب الكسب ولان ذاك يبنى على منفعة السكنى وذلك مما لا يتفاوت وهذا يبنى على
الاستغلال وهذا امر يجري فيه الاستقصاء عادة والناس يتفاوتون في الاستقصاء
غاية التفاوت لانه من باب الكسب وفرق بينه وبين التهايؤ في خدمته لان خدمته
مما لا يتفاوت لان ذلك امر ياتيه العبد بنشاطه من غير حمل عليه لانه لو حمل عليه يحرق
في ذلك والاستغلال امر يتاتى بالحمل لان الغرض منه طلب المال والناس يتفاوتون
في ذلك وفرق ابو يوسف ومحمد بين التهايؤ في غلة عبد واحد وغلة عبدين ويجوز
في عبدين ولا يجوز في عبد واحد لان الاعتدال لا يمكن مراعاته في عبد واحد لان
ذلك لا يتاتى الا في زمانين فيتاخر ملك احدهما عن ملك الآخر فيكون توهم اسباب التغير
في احدهما اكثر من التوهم في حق الآخر غير انا اعتبرنا هذا التفاوت في التهايؤ في
الغلة وما اعتبرناه في الخدمة لان العبد يخدم بنشاطه فلا يلحقه التعب عادة وفي
الكسب يلحقه التعب عادة والتعب سبب التغير فجاز ان يعتبر سبب توهم التغير في
الباب وانه متفاوت بتفاوت الزمان وفي العبدين التوهم في حقهما على السواء لانه
يكون ذلك في زمان واحد وفي العبد الواحد يكون في زمانين وابو حنيفة يقول
متى اعتبر تفاوت التغير عند اختلاف الزمان لان يعتبر عند اختلاف المحل اولى فان
العبدين لا يتساويان في قبول التعب عادة بل يتفاوتان وعند التفاوت في تحمل التعب
يفوت الاعتدال في التهايؤ وعند فوت الاعتدال يتمكن فيه معنى التمليك فيفسد
حينئذ قوله ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتمل
يامر القاضي بان يتفقا يعني اراد احدهما في محل يحتمل التهايؤ من حيث الزمان والمكان
التهايؤ من حيث الزمان واراد الآخر التهايؤ من حيث المكان فيامرهما القاضي بالاتفاق
على احدهما

على احدهما لان التهايؤ في المكان اعدل لانه اذا سكن احدهما في مقدم الدار والآخر في
مؤخرها يعتدلان في قسمة منفعة المحل والتهايؤ في الزمان اكمل لان كل واحد منهما ينتفع
بجميع المحل في مدته فاذا اختلفا في البداية في التهايؤ بالزمان اقرع بينهما نفيا للتهمة المبل
قوله وهكذا روي عنه اي عن ابي حنيفة يعني روي عن ابي حنيفة في الكيسانيات
ان التهايؤ على خدمة العبدين لا يجوز وظاهر الرواية على خلاف ذلك وقد مر بيانه آنفا
قوله ولو تهايئا فيهما على ان نفقة كل عبد على من ياخذ جاز استحسانا وفي الكسوة لا
يجوز للمسامحة في الطعام دون الكسوة قال في الشامل تهايئا في عبدين على ان يستخدم كل
واحد احدهما وطعام كل واحد عليه جاز استحسانا لانه يستقبح ان يخدمه ويوفي بطعامه
من بيت غيره فيجوز ولو تهايئا على ان يكون على كل واحد كسوة ما في يديه لا يجوز لان كسوتهما
عليهما فيكون كل واحد مشتريا نصف الكسوة من صاحبه بنصف كسوة الذي في يديه وانه
مجهول فلا يجوز قوله ولو تهايئا في دارين على ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز يعني جاز
بالاتفاق اما عندهما فظاهر لانهما يقولان بقسمة الجبر في الدور فكذا في قسمة منافعها
وابو حنيفة يحتاج الى الفرق بين قسمة الدور وقسمة منافعها وسيجي الفرق بعد هذا وقال
في الفتاوي الصغرى وذكر الكرخي هذا اذا تراضيا عليه اما عند طلب احدهما فا
لقاضي لا يجبر عند ابي حنيفة لان عنده قسمة الجبر لا تجري في الدور فكذا في القسمة بطريق
التهايؤ والى قول الكرخي اشار صاحب الهداية بقوله قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة
وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه لا يجوز التهايؤ فيه اصلا اي في سكنى الدارين لا بالتراضي
ولا بالجبر وهذه رواية الكيسانيات بيانه فيما قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي وكذلك التهايؤ في الدارين على السكنى والغلة جائز وذكر في الكيسانيات عن
ابي حنيفة انه لا يجوز لان قسمة المنفعة يعتبر بقسمة العين وقسمة العين في الدارين عنده
لا يجوز باعتبار التفاوت الا ان ثمة يجوز بالتراضي لانه ينعقد تمليكا عند ذلك وتمليك
الدار جائز وههنا ينعقد تمليك السكنى بالسكنى وذلك باطل وفي ظاهر الرواية يجوز
بخلاف رقبة الدار لان في الرقبة انما لا يجوز جبرا باعتبار التفاوت في المالية ولا
يمكن التقريب بينهما لفحش التفاوت الا بضرر التشقيص وفي المنفعة يحتمل التقريب
بزيادة المدة في حق احدهما من غير ضرر التشقيص والتهايؤ في دار واحدة

للغلة جائز وقد ذكرناه الا ان غلة الدارين فضلت في يد احدهما يشاركه صاحبه
فيهما وهذا في قولهم جميعا فرق بين هذا وبينما اذا تهايأ في السكنى ثم آجر احدهما في مدته
بافضل مما آجر الآخر حيث لا يشاركه صاحبه فيما فضل والفرق ظاهر لان ثمة التهايؤ
وقع في المنافع فيجب مراعاة المعادلة فيهما وبالتفاوت في الغلة لا يتبين فوت المعادلة
في المنافع فان الشيئين قد يستويان ثم يختلفان في الزيادة البدل بالعقد فيكون التفاوت
مضافا الى العقد دون ذاتيهما بمنزلة قسمة العين بين شريكين ثم باع احدهما نصيبه
باكثر مما باعه الآخر وفي الغلة وقعت القسمة في نفس الغلة وجوزنا ذلك على تقدير المعادلة
فمتى ظهر التفاوت في العاقبة ابدانا يشاركه صاحبه في الفضل تحقيقا للمعادلة

قوله وفي الدابتين لا يجوز المهاياة على الركوب عند ابي حنيفة وعندهما يجوز قال
في شرح الكافي والتهايؤ على الركوب او الغلة في الدابتين جائز عند ابي يوسف ومحمد رحمهما
الله ولا يجوز في قول ابي حنيفة فيما يعلم ابو يوسف المهاياة في الدواب في ركوب ولا
غلة هما يعتبران المنفعة بالرقبة ثم قسمة الدواب من جنس واحد يجوز رقبة فكذا
منفعة ويعتبران بالعبيد ايضا وثمة يجوز التهايؤ في الغلة والخدمة في عبدين
فكذا في الدابتين وابو حنيفة يفرق بينهما ووجه الفرق ان العبد يخدم بنشاطه
لا يحمل احد والظاهر انه يخدم على نمط واحد فيتحقق الاعتدال في قسمتها والدابة لا
تعمل الا بالحمل والناس يتفاوتون فيه ولهذا قلنا ان من استأجره للخدمة فاجره
من غيره يجوز وفي الدابة الحكم بخلافه وما كان ذلك الا لما قلناه وعند التفاوت لا يستقيم
تصحيحها لتضمنه معنى التمليك وفي الدابة الواحدة التهايؤ في الركوب على الخلاف الذي
ذكرناه وفي الغلة لا يجوز بلا خلاف كما في العبد الواحد قوله والدابة تحملها اي
تحمل زيادة على طاقتها وهو صيغة المبني للمفعول قوله واما التهايؤ في الاستغلال
يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وذلك لانه في الحقيقة تهايؤ من حيث المنفعة
لانه لا فرق بين ان تهايآ بالسكنى ثم يؤاجرها فياكل غلتها وبين ان تهايآ في الغلة ابتداء
وقد ذكر محمد في الرقيات انه لا يجوز التهايؤ في الغلة لان الغلة اسم للدراهم وهي
معدومة في الحال وقسمة المعدوم قبل الوجود لا يجوز اذا كان مما يحتمل القسمة بعد الوجود
بخلاف القسمة في المنفعة ولهذا لا يجوز القسمة في غلة عبد واحد كذا في شرح الكافي قوله والتهايؤ على الاستغلال

ايضا في ظاهر الرواية وهذا احتراز عن رواية الكيسانيات وقد مرت قبل هذا
قوله وكذا يجوز في العبدين عندهما اي يجوز التهايؤ في استغلال العبدين
خلافا لابي حنيفة ولا يجوز التهايؤ في استغلال عبد واحد بالاتفاق وقد مر بيان
ذلك قوله ضرورة اي ضرورة ان المنافع لا تبقى فيتعذر قسمتها كذا فسر
الضرورة في المتن بعد هذا قوله ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما اي
لا يجوز التهايؤ على الاستغلال عند ابي حنيفة خلافا لهما وفي الدابة الواحدة
لا يجوز بلا خلاف وقد مر قبل هذا قال في شرح الكافي والتهايؤ في دار وعبد على
السكنى والخدمة جائز وعلى الغلة باطل في قول ابي حنيفة جائز في قول ابي يوسف
ومحمد يريد به اذا كان بالتراضي اما بدون التراضي لا يجوز لفقد المعادلة
ومع التراضي يمكن فيه معنى التمليك ولكن تمليك منفعة السكنى بمنفعة الخدمة
جائز وفي الغلة يجوز ايضا عندهما لان ذلك في الحقيقة تمليك المنفعة وابو حنيفة
لا يسلم بانه تمليك المنفعة بل هو تمليك الدراهم لان الغلة اسم لبدل المنفعة
فيكون هذا تمليك الدراهم قبل وجودها فلا يجوز لانه يمكن تمليكها بعد وجودها بخلاف
المنفعة وبخلاف ما اذا كانت الغلة من جنس واحد لانه عند اتحاد الجنس يصير
تمييزا والتمييز يجوز حالا ومضافا الى زمان الوجود فيما يحتمل التمليك بعد الوجود
فكذلك يبطل المهايآت في الغلة لو وقوعها تمليكا قوله ولو كان نخل وشجر او غنم
بين اثنين فتهايآ على ان ياخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها او يرعاها ويشرب
البانها لا يجوز وذلك لان الثمر واللبن عين ولا يجوز قسمة الاعيان قبل وجودها وانما
جاز قسمة المنافع قبل وجودها للضرورة لعدم بقائها باعتبار معنى التمييز
ولا ضرورة في الاعيان قبل الوجود لامكان القسمة بعد الوجود لانها تبقى قال
صاحب الهداية والحيلة في جواز التهايؤ ان يبيع حصته من الآخر ثم يشتري
كلها بعد مضي نوبته او ينتفع باللبن استقراضا لنصيب صاحبه يعني يبيع احد
الشريكين حصته من الشجر او الغنم من صاحبه بعد مضي نوبته جميع الشجر
او الغنم فيحل لكل منهما ما تناوله لانه حصل اللبن او الثمر على ملك المشتري او
ينتفع باللبن استقراضا لنصيب صاحبه من الحليب كل يوم الى مدة معلومة ثم

اذ مضت المدة ينتفع صاحبه باللبن في مثل تلك المدة بعضه من نصيب نفسه في
المدة وبعضه مما اقرضه في المدة الماضية ولكن ينبغي ان يزن اللبن او يكيله كل يوم
حتى يتحقق المساواة في الاستيفاء ولا يكون الربوا لان اللبن يزيد وينقص في الحلب وقال
في قسم الشامل من المبسوط تهايئا في اغنام بينهما على ان يكون نصفها عند هذا والنصف
عند الآخر يعلف ويشرب لبنها لا يجوز لان اللبن بينهما والعلف عليهما فيكون كل واحد
مشتريا نصف لبن صاحبه بنصف العلف الذي عليه واللبن يزيد وينقص والعلف
مثله فلا يجوز وقال في الفتاوى الصغرى بقرة بين اثنين تواضعا على ان يكون
عند كل واحد منهما خمسة عشر يوما يحلب لبنها فهذه مهايأة باطلة ولا يحل فضل اللبن
لاحدهما وان جعلاه في حل الا ان يستهلك صاحب الفضل فضله ثم جعله صاحبه في حل
فحينئذ يحل لان الاول هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فلم يجز والثاني هبة الدين
وانه يجوز وان كان مشاعا ونقله عن قسمة الواقعات والله اعلم

كتاب المزارعة

لما كان الخارج من انواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة عقيب القسمة ولان الارض
بعض ما يجري فيه القسمة ثم بعد قسمة الارض قد يحتاج الى الزراعة فذكر المزارعة عقيبها
اعلم اولا ان المزارعة عقد على الزراعة ببعض الخارج وهو اجارة الارض او العامل ببعض
الخارج نحو الثلث والربع وفي جوازها خلاف يجيء بعد هذا فاما اجارتها بالدراهم والدنانير
في الذمة او معينة فجائزة اذا بين المدة وبين ما يزرع فيها فلا يسمى هذا العقد مزارعة بل
يسمى اجارة والمعاملة اجارة العامل ليعمل في كرمه واشجاره من السقي والحفظ ببعض الخارج
ثم لا بد ان تعرف ركنها وشرائط جوازها وحكمها وصفتها فاما ركنها فالايجاب والقبول
واما شرائط جوازها فمن شرائط جواز المزارعة كون الارض صالحة للزراعة وكون رب الارض
والمزارع من اهل العقد ومنها بيان المدة بان يقول الى سنة او الى سنتين وفيها
اذا دفع الكرم معاملة ففي القياس لا يجوز من غير بيان المدة وفي الاستحسان يجوز ويقع
على اول ثمرة تخرج في تلك السنة فعلى جواب الاستحسان فرق محمد بين المزارعة والمعاملة
في وقوع المعاملة على ثمرة واحدة وما اوقع المزارعة على زرع واحد في سنة واحدة وعن محمد
بن سلمة ان المزارعة من غير بيان المدة جائزة ايضا على سنة واحدة وبه اخذ الفقيه ابو الليث
رحمه الله ذكره في اول مزارعة الفتاوى ومن الشرائط ان يخلي رب الارض والنخيل بين الارض

ذكر ح

والنخ

والنخيل وبين المزارع والعامل حتى اذا شرط في العقد ما ينعدم به التخلية مثل عمل رب الارض
والنخيل مع المزارع او مع العامل لا يجوز على ما يأتي بيانه بعد هذا ومن الشرائط بيان من عليه
البذر حكي عن ائمة بلخ ان بيان من عليه البذر انما يشترط في موضع ليس فيه عرف ظاهر ان البذر
على من يكون او كان العرف مشتركا اما في كل موضع كان بينهم عرف ظاهر ان البذر يكون على
احدهما بعينه لا يشترط بيان من عليه اذ المعروف كالمشروط كما في نقد البلد وفي نوادر ابن
رستم عن محمد اذا قال لغيره اجرتك ارضي هذه سنة بالثلث او قال بالنصف فهو جائز والبذر
على المزارع ولو قال دفعت اليك ارضي او قال اعطيتك ارضي مزارعة بالثلث فهذا فاسد
لانه ليس فيه بيان من عليه البذر وانه شرط ولا كذلك الصورة الاولى لان الاجرة يكون على
المستأجر لا محالة ومن الشرائط بيان ما يزرع في الارض وهذا قياس وفي الاستحسان
بيان ما يزرع في الارض ليس بشرط فوض الرأي الى المزارع او لم يفوض بعد ان نص على المزارعة
هكذا ذكر شيخ الاسلام في اول شرح المزارعة ومن الشرائط بيان النصيب على
وجه لا يقطع الشركة بينهما في الخارج بان يقول بالنصف او بالثلث او بالربع او ما اشبه ذلك
وان بينا نصيب احدهما ان بينا نصيب من لا بذر من جهته جازت المزارعة قياسا واستحسانا
وان بينا نصيب من كان البذر من جهته جازت المزارعة استحسانا لا قياسا ومن
الشرائط في المعاملة ان يكون العقد واقعا على ما هو في حد النمو بحيث يزيد في نفسه
بسبب عمل العامل حتى انه اذا عقد عقد المعاملة على تناهي عظمه وصار بحال لا يزيد في نفسه
بسبب عمل العامل لا يصح وسيجيء بيانه واما بيان حكمها فنقول لها حكمان احدهما يثبت في
الحال وهو الملك في منفعة الارض ان كان البذر من جهته وثبوت الملك في منفعة العامل ان كان
البذر من جهة رب الارض في المزارع وفي المعاملة ثبوت الملك في منفعة العامل والحكم الاخر يثبت في
الثاني وهو الشركة في الخارج واما بيان صفتها فنقول المعاملة لازمة من الجانبين في الحال حتى ان كل
واحد من العاقدين لا يملك الفسخ الا بعذر والمزارعة لازمة من قبل من لا بذر من جهته حتى لا يملك
الفسخ الا بعذر غير لازمة من قبل من له البذر قبل القاء البذر في الارض حتى يملك الفسخ
من غير عذر وبعد ما القى البذر في الاصل يصير لازمة من الجانبين حتى لا يملك احدهما الفسخ
بعد ذلك الا بعذر وفي المنتقى عن ابي يوسف اذا كان البذر من قبل رب الارض ودفعه
الى المزارع فليس لواحد منهما ان يبطل المزارعة وان لم يدفع البذر الى المزارع فلرب الارض ان

يبطلها وليس للمزارع ان يبطلها كذا ذكر في تجريد المحيط **قوله** قال ابو حنيفة
المزارعة بالثلث والربع باطلة وهذا لفظ القدوري في مختصره وكذلك المعاملة لا يجوز عند
ابي حنيفة ببعض الخارج وقال صاحباه كلاهما جائز وعند مالك لا يجوز دفع الارض مزارعة
الا تبعا للكروم والاشجار وشرط التبعية عنده ان يكون الاصل ضعف التبع لان به يتحقق التبعية
كذا في المختلف وقال الشافعي يجوز المزارعة تبعا للمساقاة على الارض التي بين النخيل ولا يجوز مفردة
ولا يجوز حتى يكون من رب الارض البذر والعمل ومن العامل العمل كذا في شرح الاقطع وقال
الخرقي من اصحاب احمد بن حنبل في مختصره ويجوز المساقاة في النخل والكرم والشجر بشيء معلوم
يجعل للعامل من الثمرة ولا يجوز ان يجعل له فضل دراهم ويجوز المزارعة ببعض ما يخرج من الارض
اذا كان البذر من رب الارض الى هنا لفظ الخرقي وذكر الخصاف في كتاب الحيل الحيلة في جواز المزارعة
على مذهب ابي حنيفة فقال الحيلة في ذلك اذا اخذها مزارعة ثم يتنازعان الى قاض يرى المزارعة جائزة
فيحكم بجوازها عليهما فيجوز ذلك اذا قضى قاض قلت فان لم يتهيأ امر القاضي هل في هذا حيلة قال
نعم يكتبان كتاب اقرار بينهما ان قاضيا قضى عليهما بانفاذ هذه المزارعة فيجوز اقرارهما على انفسهما
الى هنا لفظ الخصاف وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ثم الحيلة لابي حنيفة في جواز
المعاملة والمزارعة ان يستاجر العامل باجرة معلومة الى مدة معلومة فاذا انقضت تلك المدة استحق
الاجرة سواء حصل هناك خارج او لم يحصل ثم يتراضيان على بعض الخارج مكان الاجر فيجوز ذلك
فكذلك هذا في المزارعة وحجتهما في ذلك معاملة رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل خيبر وفعل
الصحابة والتابعين بيانه فيما حدث البخاري في جامعه الصحيح وقال قال قيس بن مسلم
عن ابي جعفر قال ما بالمدينة اهل بيت هجرة الا يزرعون على الثلث والربع وزارع علي وسعد
بن مالك وعبد الله بن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقسم وعروة وآل ابي بكر وآل عمر وآل
علي وابن سيرين وقال عبد الرحمن بن الاسود كنت اشارك عبد الرحمن بن يزيد في الزرع
وعامل عمر الناس على ان جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وان جاؤا بالبذر فلهم كذا وقال
الحسن لا باس ان يكون الارض لاحدهما فينفقان جميعا فما خرج فهو بينهما ورأى ذلك الزهري
وقال الحسن لا باس ان يجتنى القطن على النصف وقال ابرهيم وابن سيرين وعطاء والحكم والزهري
وقتادة لا باس ان يعطي الثوب بالثلث والربع ونحوه حدثني ابرهيم ابن المنذر قال حدثنا انس
بن عياض عن عبيد الله عن نافع ان عبد الله بن عمر اخبره ان النبي صلى الله عليه وسلم عامل خيبر على شطر

ما يخرج منها من زرع او ثمر وكان يعطي ازواجه مائة وسق ثمانون وسق تمر وعشرون وسق شعير
الى هنا لفظ الصحيح البخاري وقال ايضا فيه حدثنا علي بن عبد الله قال حدثنا سفيان
قال عمرو قلت لطاوس لو تركت المخابرة فانهم يزعمون ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنه قال اي
عمرو فاني اعطيهم واغنيهم فان اعلمهم اخبرني يعني ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه
عنه ولكن قال ان يمنح احدكم اخاه خير له من ان يأخذ خرجا معلوما وحجة ابي حنيفة ما ذكر
صاحب السنن باسناده وقال حدثنا قتيبة بن سعيد عن مالك عن ربيعة بن ابي عبد
الرحمن عن حنظلة بن قيس انه سأل رافع بن خديج عن كراء الارض فقال نهى رسول الله
عن كراء الارض فقلت ابالذهب والورق فقال اما الذهب والورق فلا باس به وحدثنا
عبد الملك بن شعيب بن الليث قال حدثني ابي عن جدي الليث قال حدثني عقيل عن ابن شهاب قال اخبرني
سالم بن عبد الله ان ابن عمر كان يكري ارضه حتى بلغه ان رافع بن خديج الانصاري كان
ينهى عن كراء الارض فقال عبد الله والله لقد كنت اعلم في عهد رسول الله عليه السلام ان الارض تكرى
ثم خشي عبد الله ان يكون احدث رسول الله في ذلك شيئا لم يكن علمه فترك كراء الارض و
قال صاحب السنن ايضا حدثنا يحيى بن معين قال حدثنا ابن رجاء المكي قال ابن خثيم
حدثني عن ابي الزبير عن جابر بن عبد الله قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من لم
يذر المخابرة فليؤذن بحرب من الله ورسوله وحدث الطحاوي هذا الحديث في شرح
الآثار باسناده عن ابن ابي داود عن يحيى بن معين الى آخر الاسناد وحدث الطحاوي
ايضا وقال حدثنا فهد قال حدثنا ابن ابي مريم حدثنا محمد بن مسلم الطائفي اخبرني
ابرهيم بن ميسرة اخبرني عمرو بن دينار عن جابر بن عبد الله قال نهى رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن المخابرة والمزابنة والمحاقلة والمخابرة على الثلث والربع والنصف والمزابنة بيع
الرطب في رؤس النخل بالتمر وبيع العنب في الشجر بالزبيب والمحاقلة بيع الزرع قائما على
اصوله بالطعام كذا فسر الطحاوي وقال في الفائق المخابرة هي المزارعة على الخبرة وهي النصيب
وقال ابو عبيدة في غريب الحديث المخابرة هي المزارعة بالنصف والثلث والربع واقل من
ذلك واكثر وهو الخبر ايضا ثم قال ابو عبيد وكان ابو عبيدة يقول انما سمي الاكار الخبير لانه
يخابر الارض والمؤاكرة هي المخابرة قال ولهذا سمي الاكار لانه يؤاكر الارض وقال في مختصر
الاسوار قال ابن الاعرابي المخابرة مشتقة من معاملة رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل خيبر ثم

نقلت عمر [illegible] ماذا اعتبر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى ما يحل [illegible]

ثم صار لغة مستعملة وقال صاحب السنن ايضا حدثنا ابو بكر بن ابي شيبة قال حدثنا
عمر بن ايوب عن جعفر بن برقان عن ثابت بن الحجاج عن زيد بن ثابت قال نهى رسول
الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة قلت وما المخابرة قال ان ياخذ الارض بنصف او ثلث او
ربع ولابي يوسف ومحمد ضرب من المعقول وهو ان الحاجة ماسة الى تجويز المزارعة و
المعاملة لان من الناس من له اراضي يعجز عن زراعتها واستغلالها فيفوضها الى غيره
ومن الناس من يقدر على العمل والزراعة وليس له ارض يزرعها وهذا غالب فيما بين الناس
فجوز الشرع عقد المزارعة والمعاملة دفعا لحاجتهما وله نظير في اصول الشرع وهي المضاربة
فانها ما جوزت الا لهذه الحاجة لان من الناس من له مال ولا يهتدي الى العمل ومنهم من
يهتدي الى العمل ولا مال له فجوزنا المضاربة لتحقيق الربح لهما جميعا ولابي حنيفة ان المزارعة
والمعاملة استيجار ببعض الخارج وذلك البعض مجهول او معدوم وعدم الاجرة وجهالتها
يفسدان العقد وانما قلنا ذلك لان الارض والشجر اما ان يخرج شيئا او لا فان اخرجت فالاجرة
مجهولة لان قدر الثلث والربع لا يعلم كم هو وان لم تخرج فالاجرة معدومة والجواب عن قياسهما
على المضاربة فنقول ذاك ليس بصحيح لوجود الفارق وهو ان المضاربة انما يثبت فيها الربح
بعد سلامة راس المال ووصوله الى يد ربه وليس المزارعة والمساقاة كذلك الا ترى ان المساقاة
في قول من يجيزها لو غرت النخل فجد عنه الثمر ثم احترقت النخل لكان الثمر بينهما على ما اشترطا
ولم يمنع عدم النخل كما يمنع عدم راس المال في المضاربة من الربح ويفسد المزارعة والمساقاة اذا
عقدتا الى وقت معلوم بخلاف المضاربة فانها تجوز لا الى وقت معلوم ويجوز للمضارب ايضا ان يمتنع
عن المضاربة بعد اخذ المال ولا يجبر على ذلك وكذلك اذا ابدا لرب المال وليست المزارعة و
المساقاة كذلك فانه لا يكون لاحدهما فسخ العقد الا بتراضيهما او بمضي الوقت ويجبر على انفاذه فظهر
الفرق ومن جهة النظر ان المزارعة والمساقاة اشبهت الاجارة والمضاربة اشبهت الشركة
لان الاجارة لا تجوز الا على عمل معلوم والى وقت معلوم وببدل معلوم وايما دخل الجهالة فيه
فسد العقد فكذا المساقاة والمزارعة لانها لا تجوز الا على ارض وشجر معلوم الى وقت معلوم
ثم الاجارة على بدل مجهول فاسد فكذا المزارعة والمساقاة واما شبه المضاربة بالشركة
لان الشركة تصح على عمل مجهول بان يقول له اتجر فيما بدا لك ولذلك يصح الى وقت مجهول الا
ترى انها لو لم يوقتا جاز فكذلك المضاربة تصح على عمل مجهول الى وقت مجهول فيثبت بما

ذكرنا ان المزارعة والمساقاة لا تجوزان الا على بدل معلوم وهو الدراهم والدنانير وما
اشبههما وهو قول ابي حنيفة فاما ابو يوسف ومحمد تركا في ذلك النظر وقلدا الاثار
وقال محمد في كتاب الاثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد انه سال طاووسا وسالم بن
عبد الله عن المزارعة بالثلث او الربع فقالا لا باس به قال فذكرت ذلك لابرهيم فكرهه
وقال ان طاووسا له ارض يزارعه فمن اجل ذلك قال ذاك قال ابو حنيفة ياخذ بقول ابرهيم
ونحن ناخذ بقول سالم وطاووس لا نرى بذلك باسا **قوله** في معنى قفيز الطحان
وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهو ان يستاجر رجلا حتى يطحن له
كرا من حنطة بقفيز من دقيقها ولا شك ان ذلك استيجار العامل ببعض ما يخرج من
عمله فكذا المزارعة والمساقاة فتكونان في معناه **قوله** ومعاملة النبي صلى الله
عليه وسلم اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح يعني انها لم تكن بطريق المزارعة
والمساقاة بل كانت بطريق الخراج على وجه المن عليهم والصلح لان النبي عليه السلام
ملكها غنيمة فلو كان اخذ كلها جاز وتركها في ايديهم بشطر ما يخرج منها فضلا وكان ذلك
خراج مقاسمة وهو جائز كخراج التوظيف ولا نزاع فيه وانما النزاع في جواز المزارعة و
المعاملة وقد مر بيان الخراجين في كتاب الزكوة ولان المدة لم تكن معينة في معاملة
اهل خيبر والمدة تعيينها شرط فيهما وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي
ومما يدل على ان ما شرط من نصف الثمر والزرع كان على وجه الجزية انه لم يرو في شيء من
الاخبار ان النبي عليه السلام اخذ منهم الجزية الى ان مات ولا ابو بكر ولا عمر الى ان اجلاهم
ولو لم يكن ذلك جزية لاخذ منهم الجزية حين نزلت اية الجزية **قوله** لا اثر هناك اي
لم يرد الاثر في دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد **قوله** فاذا
فسدت عنده اي فسد العقد عند ابي حنيفة فان سقى الارض وكربها ولم يخرج شيء
فله اجر مثله لانه في معنى اجارة فاسدة قال في شرح الطحاوي فلما لم يجز عنده
كان الخارج كله لصاحب البذر فان كان البذر من قبل رب الارض فالخارج كله له و
يطيب له ولا يتصدق به لان ذلك كله نماء ملكه وتجب عليه اجر مثل المزارع وان كان
البذر من قبل المزارع فالخارج كله له ويجب عليه اجر مثل الارض لصاحب الارض لانه استعمل
الارض بعقد فاسد فما كان من الخارج بازاء البذر والمؤنة يطيب له ذلك وما فضل من ذلك يتصدق

بحكم لازم

به واما علي قولهما فان حصل من الخارج شئ يكون بينهما علي الشرط وان لم يحصل فلا
شئ علي رب الارض ولا علي المزارع **قوله** ثم المزارعة لصحتها علي قول من يجيزها شروط
وقد ذكرنا جميعها في اول الكتاب **قوله** وهو لا يحصل به اي كون العاقدين من اهل
العقد لا يختص بعقد المزارعة لانه شرط في سائر العقود **قوله** والثالث بيان المدة لانه
عقد علي منافع الارض او منافع العمل بيانه بيانا قال في شرح الطحاوي بقوله وعقد المزارعة
قد يكون استيجار الشخص ببعض الخارج كما اذا كان البذر من قبل رب الارض وقد يكون
استيجار الارض ببعض الخارج كما اذا كان البذر من قبل المزارع ثم بيان المدة بشرط وهو
الظاهر وعن محمد بن سلمة انه ليس بشرط وقد مضي في اول الكتاب قال في النوازل سئل
ابو القسم محمد بن محمد بن سلام عن رجل دفع ارضا مزارعة ولم يبين لها وقتا قال علي مذهب
علمائنا الكوفيين المزارعة فاسدة وفي قول محمد بن سلمة الاجارة جائزة وهو علي اول السنة
قال الفقيه وبه ناخذ فانما قال اهل الكوفة ذلك لان وقت المزارعة عندهم متفاوت فابتداؤ
وانتهاؤ مجهول ووقت المعاملة معلوم فاجازوا المعاملة علي اول السنة ولم يجيزوا المزارعة
فاما في بلادنا فوقت المزارعة معلوم فيجوز وان لم يوقت كما تجوز المعاملة الي هنا لفظ النوازل
قوله والمدة هي المعيار لها اي للمنافع ليعلم المنافع بالمدة التي هي المعيار قال في باب
المزارعة بعلامة السين من الواقعات رجل دفع ارضه معاملة خمس مائة سنة فهذه معاملة
فاسدة لانه يقع بعضه في المدة وبعضه خارج المدة **قوله** والسابع الشركة في الخارج
المراد منه ان يشترط العاقدان زمان العقد ان يكون جميع الخارج بينهما اذا حصل وليس المراد
منه حصول حقيقة الشركة في الخارج حين العقد لان ذلك لا يكون الا بعد الخروج فلا يكون
شرطا لان شرط الشئ لا بد ان يكون سابقا عليه لتوقفه عليه لا متاخرا بل هو حكم كما ذكرنا في
اول الكتاب **قوله** والثامن بيان جنس البذر ليصير الاجر معلوما وذلك لان الاجر بعض الخارج
واعلام جنس الاجر شرط وهذا قياس وفي الاستحسان ليس ذلك بشرط وهو بيانه في اول الكتاب
قال ابو جعفر الطحاوي في مختصره واذا استاجر الرجل ارضا مزارعة ولم يسم ما يزرع فيها فالمزارعة
فاسدة فان اختصما قبل ان يزرع فسخت وان لم يختصما فيها حتى زرعت وحصد زرعها وانقضت مدة
الاجارة كان لرب الارض الاجر الذي وقعت الاجارة به ولا شئ له غيره الي هنا لفظ الطحاوي قال الامام
الاسبيجابي في تعليله لان الارض مما يختلف باختلاف الزرع فرب زرع ينقص الارض نقصانا كبيرا ورب

زرع يزيد في الارض فلا يجوز ما لم يبين فان اختصما قبل الزراعة كان لكل واحد منهما فسخ الاجارة
ولو زرع المستاجر فيها شيئا قبل الفسخ تعين ذلك للعقد وللمواجر المسمي من الاجرة وكذلك لو استاجر
دابة ولم يسم ما يحمل عليها او استاجر ثوبا ولم يبين من يلبسه او استاجر قدرا ولم يبين ما يطبخ
فيها وقال ايضا في شرح الطحاوي اذا دفع الارض مزارعة علي ان البذر من قبل العامل علي ان الخارج
بينهما وشرط عليه ان يزرع فيها شيئا معلوما فزرع غيره فانه يكون مخالفا سواء اضر بالارض او
لم يضر بخلاف ما اذا اجر ارضه بدراهم والفرق بينهما ان الاجرة هنا بعض الخارج والخارج يختلف
باختلاف الزرع فاذا شرط الحنطة فقد رضي ان يكون اجرتها حنطة فاذا زرع الشعير صار مخالفا
ولا كذلك الاجارة بدراهم لان هناك الاجرة دراهم في كلها فلو بطل العقد انما يبطل لاجل الضرر
فان كان ما زرع فيها يكون في المضرة مثله او دونه لم يوجد الخلاف وان كان اكثر من ذلك يكون مخالفا
قوله قال وهي عندهما علي اربعة اوجه ان كان الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لواحد
جازت المزارعة اي قال القدوري في مختصره وقد عرفت قبل هذا شرائط صحة المزارعة عندهما
ثم اعرف اصولا يجب بدوره عليها جواز المزارعة وهي ثلثة منها انه يجوز استيجار الارض والعامل
ببعض ما يخرج ولا يجوز استيجار البقر لان هذا استيجار باجر مجهول فلا يجوز قياسا وانما عرف
الجواز بالخبر ولم يرد نص في استيجار البقر ببعض الخارج والاصل الثاني ان صاحب البذر يستحق
الخارج بسبب انه نماء ملكه ببذره لا بالشرط والذي ليس من قبله البذر يستحق الخارج بالشرط
وهو عقد المزارعة فان كان العقد صحيحا يجب المسمي وان كان فاسدا لا يستحق البدل المسمي
لكن يجب اجر المثل بمقابلة منفعة الارض او منفعة العامل لانه لم يرض ببذل المنفعة من غير
عوض لكن عند محمد يجب اجر المثل بالغا ما بلغ وعند ابي يوسف مقدر بقيمة الخارج المسمي ذكر
الخلاف في كتاب الشركة ويكون الخارج كله لصاحب البذر لانه نماء ملكه والثالث ان البذر اذا كان من قبل رب
الارض يجوز ان يكون البقر منه ويجوز ان يكون من قبل العامل ايضا لان في الوجه الاول يكون مستاجرا
للعامل ليعمل العامل بآلة نفسه فيكون البقر تابعا للعامل ولا يكون مستاجرا للبقر كالابرة للخياط
وان كان البذر من قبل العامل ينبغي ان يكون البقر منه ولا يجوز ان يكون من قبل رب الارض لان البقر لا يصلح
تبعا للارض لان منفعة البقر تخالف منفعة الارض فكان استيجارا للبقر ببعض الخارج وذلك لا يجوز فاذا عرفت
هذه الاصول فنرجع الي ما قال في الكتاب من قوله وهي عندهما علي اربعة اوجه وهي في الظاهر كذلك وفي
الحقيقة انواع وقد يتفرع انواع اخر منها اما بيان الاربعة فهي اما ان يكون الارض والبذر من رب الارض والعمل

والبقر من العامل او يكون الارض والبذر والبقر لواحد الارض والعمل من العامل لا غير او يكون الارض
وحدها من صاحب الارض والباقي كله من العامل او يكون الارض والبقر من صاحب الارض والبذر
والعمل من العامل ففي الثلاثة الاولى المزارعة صحيحة لان في الفصل الاول صاحب الارض مستاجر
للعامل والبقر آلة العمل فيكون تبعا له فلا يكون الاجر بمقابلة البقر كمن استاجر خياطا ليخيط بابرته
يجوز وفي الفصل الثاني صاحب الارض مستاجر ايضا للعامل وحده وفي الفصل الثالث يكون العامل
مستاجرا للارض وحده واستيجار الارض وحدها وكذا استيجار العامل وحده ببعض الخارج
يكون مزارعة صحيحة لورود الحديث فيه مخالفا للقياس وفي الفصل الرابع لا يجوز
لانه يصير صاحب البذر وهو العامل مستاجرا للارض والبقر ببعض الخارج فيكون البعض
بمقابلة البقر مقصودا ولم يرد الشرع به فبقي على اصل القياس وروي عن ابي يوسف في الامالي
انها جائزة واما الانواع المتفرعة فمثل ان يكون البذر من احدهما والباقي من الاخر فهذه المزارعة
فاسدة لانه يصير مستاجرا للارض والبقر والعامل جميعا بالبذر ولم يرد الشرع به قال فخر الدين
قاضي خان في شرح الجامع الصغير وعن ابي يوسف انه يجوز لانه استيجار العامل والارض ببعض
الخارج وكل واحد منهما جائز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع وكذلك اذا كان البقر وحده
من احدهما والباقي من الاخر فالمزارعة فاسدة في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه جوز
ذلك كذا في تجريد المحيط وكذلك اذا كان البذر والبقر من احدهما والارض والعمل من الاخر
فالمزارعة فاسدة لان الشرع لم يرد به وفي الخارج اختلاف الرواية في الوجهين في رواية لصاحب
البذر كسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية يكون لصاحب الارض ويصير ذلك قرضا قال
الصدر الشهيد ذكر هذين الروايتين في المأذون والمزارعة وكذلك لو اشترك اربعة من
احدهم البذر ومن الاخر العمل ومن الاخر البقر ومن الاخر الارض فالمزارعة فاسدة قال محمد بن
الحسن في كتاب الآثار اخبرنا عبد الرحمن الاوزاعي عن واصل بن ابي جميل عن مجاهد قال اشترك
اربعة نفر على عهد رسول الله عليه السلام فقال واحد من عندي البذر وقال الاخر من عندي العمل
وقال الاخر من عندي الفدان وقال الاخر من عندي الارض قال فالغى رسول الله صاحب الارض
وجعل لصاحب الفدان اجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهما لكل يوم والحق الزرع كله بصاحب
البذر الى هنا لفظ كتاب الآثار **قوله** وان كان الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد
جازت هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان العامل استاجر الارض ببعض ما يخرج

والبقر غير مستاجرة وانما استعملها في عمل نفسه وذلك لا يمنع صحة العقد **قوله** وان
كان الارض والبذر والبقر لواحد والعمل من اخر جاز وهذا لفظ القدوري ايضا وذلك لانه
مستاجر للعامل ببعض ما يخرج من الارض وذلك جائز فاما البقر فليس مستاجرة لانه يستحيل
ان يستاجر الرجل بقر نفسه وانما تعمل على ملكه فصار كمن استاجر خياطا ليخيط ثوبه بابرته
او طيانا ليطين بمره اي بابرة المستاجر ومر المستاجر **قوله** وان كان الارض والبقر
لواحد والبذر والعمل لاخر فهي باطلة هذا لفظ القدوري قال الكرخي في مختصره ولو كان
البذر من قبل العامل وشرط البقر على رب الارض فان المزارعة فاسدة عند محمد لانه اجر البقر
ببعض ما يخرج من الارض ولا يجوز عنده ان يواجر غير الارض ببعض ما يخرج قال محمد
وهذا قياس قول ابي يوسف ايضا وقال ابن سماعة وبشر بن الوليد عن ابي يوسف ان
المزارعة جائزة قال وهذا مثل رجل دفع الى رجل مالا مضاربة ودفع اليه مع ذلك دابة يعمل
عليها به فهو جائز الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله ووجه قول ابي يوسف رواية بشر انه لو كان البذر
والبقر من جانب صاحب الارض جاز فكذا اذا كان البقر من جانبه وحده ولهذا اذا كان البقر من
جانب العامل جاز ولان البقر لا يطلب لعينها بل لتهيئة الارض للزراعة فصار كانه دفع اليه ارضا
مكروبة مهياة للزراعة ولو فعل ذلك جاز فكذا هذا قيل ان ابا يوسف جعل البقر تبعا للارض
في هذه الصورة كما هي تبع للعامل اذا كانت من جانبه وجه الظاهر ان منفعة البقر من جنس
منفعة العامل فصلحت ان تكون تبعا للعامل وليست منفعة البقر من جنس منفعة الارض لان
منفعة الارض قوة الانبات بخلق الله اياها كذلك على هذه الطبيعة ومنفعة البقر صلاحيتها
لاقامة عمل الزراعة بها بخلق الله ايضا وليس بينهما تجانس فلم يصلح ان يكون تبعا للارض فبقي البقر
مقصودا بالاستيجار ببعض الخارج ولم يرد به الشرع فلم يجز **قوله** لم يذكرهما اي القدوري في مختصره
قوله لانه يتم الشركة بين البذر والعمل يعني اذا كان البذر من احدهما والباقي من الاخر لا
يجوز لان عقد المزارعة عقد اجارة بابتدائه لانه استيجار الارض ببعض الخارج ان كان البذر
من صاحب الارض وعقد شركة بانتهائه لان الخارج مشترك بينهما على ما سميا فلو صح العقد في هذه
الصورة كانت الشركة بين البذر والعمل فلا يجوز ذلك لعدم ورود الشرع وروي عن ابي يوسف
جواز ذلك وقد مر قبل هذا **قوله** لانه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع يعني لا يجوز
اذا كان البذر وحده من جانب وما اذا كان البقر وحدها من جانب فكذا لا يجوز عند الاجتماع

بان يكون البذر والبقر جميعا من جانب **قوله** قال ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة
اي قال القدوري في مختصره وذلك لان عقد المزارعة عقد على منافع الارض او العامل وتلك
المنافع لا تكون معلومة الا ببيان المدة لان المدة معيارها والى هذا اشار بقوله لما بينا
مشيرا الى قوله في شروط المزارعة والثالث بيان المدة **قوله** وان يكون الخارج بينهما شايعا
وهذا ايضا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه فان شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فهي
باطلة وذلك لان جواز المزارعة على خلاف القياس بالاثر وذلك ورد فيما اذا كان الخارج
مشتركا وما سواه بقي على اصل القياس والاصل في هذا الباب انه متى شرط شرطا يوهم
قطع الشركة عن الخارج يفسد به العقد لان العقد انما انعقد ليصير شركة في الانتهاء
ومتى انقطع احتمال الشركة يبقى اجارة محضة باجر معدوم وانه لا يصح قال الحاكم الشهيد
في الكافي واذا شرط في المزارعة ان يرفع صاحب البذر بذره والباقي بينهما نصفان فهو
فاسد قال شيخ الاسلام الاسبيجابي لان هذا شرط يوهم قطع الشركة لانه يحتمل
ان لا يخرج اكثر من القدر فلا يستحق العامل شيئا والعقد لا ينعقد على وجه يتخلف عنه مقصوده
وقال الحاكم ايضا ولو شرطا ان يرفع صاحب البذر لنفسه عشر الخارج والباقي بينهما
فهذا جائز قال شيخ الاسلام في شرح الكافي لانه لا يوهم قطع الشركة فان ما من خارج وان
قل الا وله عشر فيبقى الشركة في الباقي وقال الحاكم ايضا ولو شرطا دفع الخراج من الخارج والباقي
بينهما فهذا فاسد قال شيخ الاسلام وهذا في خراج الوظيفة لانه يحتمل ان لا يخرج الا
مقدار الخراج فيكون هذا شرطا فاسدا يقطع الشركة بخلاف خراج المقاسمة لانه شيء مقدر فينزل
منزلة العشر او الخمس ولو كانت الارض عشرية فاشترط دفع العشر ان كانت تسقى سيحا
ونصف العشر اذا كانت تسقى بدلو والباقي بينهما نصفان كان جائزا لما مر ان هذا الشرط لا يوهم
قطع الشركة كذا في شرح الكافي **قوله** قال وكذلك ان شرطا ما على الماذيانات والسواقي
اي قال القدوري في مختصره يعني كما انهما اذا شرطا لاحدهما قفزانا مسماة يكون المزارعة
باطلة فكذلك اذا شرطا ما على الماذيانات والسواقي لاحدهما لانه ان لا يحصل الريع الا
منها فيؤدي الى قطع الشركة وقد حدث الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى رافع
بن خديج قال كنا بني حارثة اكثر اهل المدينة حقلا وكنا نكري الارض على ان ما سقى الماذيانات
والربيع فلنا وما سقت الجداول لهم فربما سلم هذا وهلك هذا ولم يكن عندنا يومئذ ذهب

ولا فضة فسألنا رسول الله عن ذلك فنهانا والماذيانات فارسي معرب اصغر من النهر و
اعظم من الجدول والسواقي جمع الساقية وهي فوق الجدول ودون النهر كذا في المغرب فعلى هذا
يكون الماذيانات والساقية من الالفاظ المترادفة والربيع النهر الصغير **قوله** وكذا
اذا شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب يعني لا يصح المزارعة ذكره بسبيل التفريع على
مسئلة المختصر وهذا على وجوه ستة ذكرها فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير
اما ان شرطا ان يكون الحب والتبن بينهما نصفين او التبن لاحدهما بعينه والحب للآخر او
التبن بينهما والحب لاحدهما او الحب بينهما والتبن لاحدهما او ذكرا ان يكون التبن بينهما وسكتا
عن الحب او ذكرا ان يكون الحب بينهما وسكتا عن التبن ففي الوجه الاول جازت المزارعة
ويكون التبن والحب بينهما كما شرطا وكذا اذا شرطا ان يكون الخارج بينهما او الزرع او الريع
بينهما جاز ويكون الحب والتبن بينهما لان اسم الخارج يتناولهما وان شرطا ان يكون التبن
لاحدهما بعينه والحب للآخر لا يجوز لان هذا شرط يؤدي الى قطع الشركة لاحتمال ان يخرج الحب
وكذا اذا شرطا ان يكون التبن بينهما والحب لاحدهما بعينه لان المقصود هو الحب فهذا
شرط يؤدي الى قطع الشركة فيما يرجع الى المقصود وان شرطا الحب بينهما والتبن لاحدهما
بعينه فان شرطاه لصاحب البذر جاز ولو شرطاه للآخر فسد وعن ابي يوسف انه لا يجوز
اصلا لان هذا شرط يؤدي الى قطع الشركة لاحتمال ان لا يخرج الحب وجه ظاهر الرواية
ان النص ورد بجواز المعاملة وانها شركة في الفرع وهو الثمر دون الاصل وهو الفراك
فامكن القول بجواز مثلها من المزارعة اما اذا شرطا التبن بينهما وسكتا عن الحب لا
يجوز لان المقصود هو الحب فالسكوت عن المقصود يكون بمنزلة السكوت عنهما وذلك
لا يجوز وان شرطا ان يكون الحب بينهما وسكتا عن التبن في ظاهر الرواية يجوز ويكون
التبن لصاحب البذر وعن ابي يوسف انه لا يجوز وهكذا ذكر الطحاوي عن محمد لان التبن
مقصود كما ان الحب مقصود وجه ظاهر الرواية ان استحقاق من لا بذر منه بحكم الشرط
ولم يوجد الشرط فبقي التبن لصاحب البذر وذلك جائز كما ذكرنا وعن بعض المشايخ ان
التبن في هذه المسئلة يكون بينهما بمنزلة الحب باعتبار العرف فان عندهم التبن
والحب يكون بينهما نصفين وتحكيم العرف عند الاشتباه واجب **قوله** ثم التبن يكون
لصاحب البذر يعني فيما اذا شرطا الحب نصفين وسكتا عن التبن لان الكل تولد عن

لمن لا بذر منه فليس له نصيب فيه الا بالشرط والاصل الذي يرجع اليه
وان شرطا التبن
مقصود كما ان شرطا ان يكون الحب بينهما
والتبن لصاحب البذر

ملكه لان صاحب البذر يستحق ببذره ولا يحتاج الي الشرط لان الكل تولد عن ملكه
واستحقاق العامل بالشرط ولم يوجد وقال الطحاوي في مختصره وروي اصحاب الاملاء عن
ابي يوسف ان المزارعة فاسدة وجعل محمد التبن لصاحب البذر الا ان يقع الشرط بينهما
بخلاف ذلك ثم وجدنا لمحمد بعد ذلك ما يدل علي رجوعه عن قوله الي ما قال ابو يوسف
في الاملاء قال هو الصحيح وبه نأخذ **قوله** والتبع يقوم بشرط الاصل يعني ان
التبن لما كان تبعا للحب كان ذكر الشرط في الحب ذكرا في التبن حتي يكون التبن بينهما
ايضا فكانهما شرطا في التبن اذ يكون بينهما كالجندي يصير مقيما بنية الامام وكالعبد
يصير مقيما بنية المولي **قوله** وان شرط التبن للاخر فسدت يعني فيما اذا شرطا ان الحب بينهما
نصفان وذلك لان استحقاق العامل بقضية الشرط ولا يصح الشرط علي وجه يوهم قطع
الشركة لانه ربما لا يخرج سوي التبن وهذا معني قوله واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط
قوله قال واذا صحت المزارعة فالخارج علي الشرط اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه
فان لم تخرج الارض شيئا فلا شئ للعامل وذلك لان العقد الصحيح يجب فيه المسمي وهذا عقد
صحيح فيجب فيه ما سمي بصحة الالتزام واذا لم تخرج الارض شيئا في المزارعة الصحيحة لا يجب لواحد
منهما علي صاحبه شئ ولان الواجب هو المسمي وهو مفقود فلا يستحق عوضا عنه لان عقد
المزارعة شركة في الانتهاء ولا يتحقق الشركة في غير الخارج نعم انه اجارة في الابتداء ولكن الاجر
هو المسمي فلا يجب غيره وليس كذلك اذا فسدت المزارعة لان موجب الاجارة الفاسدة وجوب
اجر المثل في الذمة لا المسمي وعدم الخارج لا يمنع وجوب ما في الذمة **قوله** قال واذا فسدت
فالخارج لصاحب البذر اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الخارج نماء من البذر فيكون لصاحب
الاصل الا ان يملكه غيره بالشرط والمشروط في المزارعة بمنزلة البدل المسمي في عقد الاجارة
والتسمية لا يصح مع فساد العقد فاذا بطلت التسمية بالفساد بقي النماء كله لصاحب البذر
كانه لم يشترط شيئا **قوله** قال ولو كان البذر من رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد علي
مقدار ما شرط له اي قال القدوري في مختصره والحاصل هنا ما قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح
الكافي واذا فسدت المزارعة الحق الزرع كله بصاحب البذر لانه تولد منه وان كان البذر من قبل العامل
كان لصاحب الارض عليه اجر مثل ارضه لانه لم يرض بفوات منفعة ارضه عليه مجانا وانما رضي به بعوض
يحصل له ذلك واذا تعذر استحقاق المشروط لفساد العقد صار الي اجر المثل وان كان البذر من

قبل صاحب الارض كان عليه اجر مثل العامل ويطيب لصاحب الارض جميع ما اخرجته الارض لانه
تولد من بذره بقوة ارضه ولو كان البذر من قبل العامل يطيب له من الخارج مقدار بذره وما غرمه و
يتصدق بالفضل لانه تولد بقوة ارض الغير وقد فسد العقد الذي استحق به تلك المنافع فتمكن فيه ذلك
شبهة الخبث فرق بين هذا وبين مسئلة ذكرها في المأذون وهو ان المأذون اذا دفع الي رجل بذرا
ليزرعه علي ان الخارج بينهما فالمزارعة فاسدة والخارج كله للزارع وعليه مثل البذر الذي اخذه من
العبد المأذون وانما اختلف الجواب لاختلاف وضع المسئلة فان في مسئلة المأذون الدفع لم يقع الي
العامل لانه يصير اقراضا للبذر والعبد المأذون لا يملك الاقراض اما هنا فهو يملك الدفع وانما فسد
العقد لفساد شرطه فافترقا فاذا قضينا في المزارعة باجر المثل للعامل او لصاحب البذر هل يبلغ
بالغا ما بلغ قال محمد يبلغ بالغا ما بلغ وقال ابو يوسف لا يجاوز علي المشروط والاختلاف ههنا بناء علي الاختلاف
في مسئلة الاحتطاب اذا اشتركا فيه فقطع احدهما وجمع الثاني فالمجموع للجامع بالاتفاق وللاخر اجر
مثله وهل يبلغ بالغا ما بلغ قال محمد يبلغ وقال ابو يوسف لا يجاوز علي النصف وكان الاختلاف
في مسئلتنا فرع الاختلاف في هذه المسئلة **قوله** وقد مر في الاجارات كلام موهم لان الخلاف
بين ابي يوسف ومحمد ذكره في الشركة الفاسدة في كتاب الشركة لا في كتاب الاجارات لان الاجارة الفاسدة
لا خلاف فيها بين علمائنا الثلاثة لان فساد الاجارة اذا كان لعدم التسمية او لجهالة المسمي بان جعل
الاجر ثوبا او دابة يجب اجر المثل بالغا ما بلغ وان كان المسمي معلوما ولكن فسدت بسبب شرط فاسد
ونحوه يجب الاقل من اجر المثل والمسمي ولا يجاوز بالاجر المسمي وقال زفر يجب اجر المثل بالغا
ما بلغ وبه قال الشافعي وقد مر بيانه في كتاب الاجارات الا تري ان صاحب الهداية نفسه ذكر
في باب الاجارة الفاسدة فيما اذا استاجر حمارا ليحمل طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة ثم قال
ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمي ومن اجر المثل لانه
رضي بحط الزيادة ثم قال وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما
بلغ عند محمد لان المسمي هناك غير معلوم فلم يصح الحط فعلم لا خلاف بين اصحابنا الثلثة في الاجارة
الفاسدة **قوله** واذا كان من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه اي وان كان البذر
وهي من مسائل القدوري وقد مر بيانها **قوله** ولا مثل لها اي لمنافع الارض فيجب رد
قيمتها اي قيمة منافع الارض **قوله** ولو جمع بين الارض والبقر حتي فسدت المزارعة فعلي العامل
اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح وانما قال هو الصحيح احترازا عن تاويل بعض المشايخ في قول محمد

في الاصل لصاحب الارض والبقر اجر مثل ارضه ويغرم على صاحب البذر حيث قالوا المراد منه ان
يجب اجر مثل الارض مكروبة اما البقر فلا يجوز ان يستحق عقد المزارعة والصحيح ما ذكره صاحب
الهداية لان البقر يجوز استيجارها بعقد الاجارة فينعقد المزارعة عليها فاسدا فيجب اجر المثل
قال في الشاملة قسم المبسوط ثم الخارج في هذا الوجه لصاحب البذر ولصاحب الارض اجر مثل
ارضه ويغرم لاستيفاء منفعتها بعقد فاسد ويأخذ المزارع من الربح بذره ومؤنته وما
غرم من اجر الارض والبقر ويتصدق بالباقي لان الزرع ينمو بجودة الارض وبقوة تقلبها وقد انعقد
العقد فاسدا على منفعة الارض فكان كسبا خبيثا وقدر البذر والغرم له عوض فيطيب
له وقال الكرخي في مختصره ولو ان صاحب الارض دفع الارض الى صاحب العمل على ان البذر
والعمل من عند العامل والارض والبقر من عند صاحب الارض على ان الخارج بينهما فان هذا
فاسد في قياس قول ابي يوسف ومحمد فان اخرجت الارض زرعا كثيرا فجميع الزرع
لصاحب البذر والعمل ولصاحب الارض والبقر اجر مثل ارضه ويغرم على صاحب البذر ويستوفي
صاحب البذر من ذلك ما بذر وما غرم ويتصدق بالفضل ولو لم تخرج الارض شيئا غرم صاحب البذر
اجر مثل الارض واجر مثل البقر لان المزارعة فاسدة ولا يبالي اخرجت الارض شيئا او لم تخرج لان
صاحب الارض اجر ارضه اجارة والارض اجارتها جائزة بنصف ما يخرج ولا يجوز اجارة البقر بشيء
ما تخرج الارض الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله **قوله** طاب له جميعه اي طاب لرب الارض
جميع الخارج حتى لا يتصدق بشيء من ذلك **قوله** قال واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب
البذر من العمل لم يجبر عليه اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان امتنع الذي ليس من قبله
البذر اجبره الحاكم على العمل وذلك لان الذي من قبله البذر لا يتوصل الى الوفاء بالعقد الا باتلاف
ماله الذي هو البذر فلا يجبر عليه كمن استاجر رجلا ليهدم داره وليس كذلك الذي ليس من جهته
البذر لانه لا يتلف ماله بايفاء العقد فلزمه كسائر الاجارات الا ان يكون هناك عذر مما يفسخ به الاجارة
فيكون له فسخ المزارعة كذا في شرح الاقطع وقال الكرخي في مختصره اذا تعاقد رجلان على زراعة
ارض سنة ثم بدا لاحدهما ان يزرع فقال لا اريد ان ازرع هذه الارض ولا غيرها او قال لا اريد ان ازرع
هذه الارض واريد ان ازرع غيرها فانك تنظر في ذلك فان كان الممتنع من قبله البذر فله ذلك فان
كان الممتنع ليس من قبله البذر فليس له ان يمتنع من ذلك الا من عذر ولو كانت الاجارة الزراعة
وقعت باجر غير ما يخرج منها ثم اراد المستاجر ان يدع الزراعة ولا يزرع هذه الارض ولا غيرها

فذلك له وان قال لا ان ازرع هذه الارض وان ازرع غيرها لم يكن له ذلك وقيل له اقبض الارض
فيكون في يدك فان شئت زرعت وان شئت لم تزرع فاذا تم السنة كان عليك ما سميت من الاجر
وان امتنع صاحب الارض وقال قد بدا لي ان اواجر ارضي للمزارعة لم يكن له ذلك ويجبر على تسليم
الارض الا ان يكون له عذر في ذلك والعذر ان يكون على رب الارض دين فادح لا يقدر على ادائه
الا من ثمن هذه الارض فله ان يبيعها فيه الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وقال في شرح الكافي
والاعذار ثلاثة المرض الذي يقعد العامل عن العمل وخيانة العامل والدين الذي لا وفاء به عنده
سوى بيع الارض لانه يتعذر حصول الغرض مع هذه الاعذار غالبا فلم يكن في ابقاء العقد
فائدة فكان له حق النقض ثم قال فيه ولو دفع اليه نخلا معاملة بالنصف ثم بدا للعامل ان يترك
العمل او يسافر فانه يجبر على العمل لان هذا ليس بعذر في حقه لانه امكنه الاستعانة بغيره وكذا
ان بدا لصاحب النخل ان يعمل بنفسه ويمنع العامل لم يكن له ذلك لانه لا ضرر في حقه لا
نه لا يفسد عليه شيئا من ماله فلم يتحقق العذر مانعا من الفسخ وقال في باب العذر
في المزارعة من شرح الكافي واذا دفع ارضه الى رجل مزارعة بالنصف ليعمل فيها ببذره ويغرم
ثم تراضيا على هذا وانعقد العقد بينهما اراد رب الارض ان يفسخ المزارعة لم يكن له ذلك
الا بعذر الدين لما بينا ان المزارعة تقع لازمة كالاجارة وتمه لا يفسخ الا بالعذر فكذلك هنا
وكذا لو كان العامل كربها بعد ما انعقد العقد وحفر انهارها وسوى مسنياتها لم يكن له
ان يفسخ العقد الا بعذر الدين لان هذا العقد حوز للعذر فيفسخ للعذر فان باعها في الدين
لم يكن للعامل عليه اجر لانه قوم عمله ومنفعته بشيء من الخارج ولم يخرج شيء فان لم ياخذها حتى نبت
نبت زرعها ولم يستحصد ثم اراد ان ياخذها ليبيعها في دينه الذي حبسه القاضي ولا وفاء له غير
ثمنها فانه لا يجبر على البيع ولا يمكن من البيع لانه تعلق بها حق المزارع فلو اطلقنا البيع لفوتنا حقه اصلا
ولو منعنا البيع لاخرنا حق الغريم ولو التاخير اسهل من الابطال ويخرجه القاضي من السجن لانه
ظهر عجزه عن البيع للحال ولا يحول بينه وبين الغريم لانه ربما يخفي نفسه عند امكان البيع
فاذا ادرك الزرع كان له ان يحبسه الى ان يبيع نصيبه من الزرع والارض ويوفي الغريم حقه
منه لانه زال المانع فظهرت القدرة فامرناه بالبيع فاما اذا القى البذر في الارض ولم ينبت
بعد كان له ان يبيع الارض لانه بعد لم يتعلق بها حق المزارع ويضمن له بذره على قول
ابي يوسف وقال محمد يقوم الارض مبذورة وغير مبذورة فيضمن ما زاد البذر فيها

لانا نحتاج الي قطع حقه عنه للحال فيجب القيمة للحال قال ثم في المواضع الذي اثبتنا الرد لاجل
حق الفسخ هل يحتاج الي قضاء القاضي من اصحابنا من قال لا يحتاج الي القضاء ومنهم من قال يحتاج
الي القضاء بناء علي اصل وهو انه يصير قابضا للارض بالتخلية ام بالزراعة من قال بانه يصير قابضا
بالتخلية قال يحتاج الي الفسخ لان الزام موجب الفسخ لا يصح الا من له ولاية الالزام ومن قال لا يصير قابضا
الا بالزراعة قال لا يحتاج الي القضاء لان العقد قبل القبض ينفسخ بدون القضاء لانه ليس بلازم ثم هل
ينفسخ قصدا من اصحابنا من قال ينفسخ قصدا لقيام دليل الفسخ ومنهم من قال لا ينفسخ قصدا لانه
انما يصير له الفسخ لمكان الضرورة وانها ترتفع بالفسخ في ضمن البيع ولانه لو سلط علي الفسخ قصدا
ربما ينفسخ ولا يتفق له مشتري الا بعد زمان فيكون هذا نقضا للعقد اللازم من غير فائدة وهذا
غير جائز كذا في شرح الكافي **قوله** قبل هذا في الحكم اي الذي قلنا ان المزارع لا شيء له من اجل
الكراب ونحوه هو القضاء ظاهرا اما ديانة فيما بينه وبين الله تعالى يرضيه رب الارض حتى لا
يلزم الغرور وقال مشايخنا هذا الجواب في الحكم اي الذي قاله محمد في الاصل فاما فيما بينه وبين
ربه يفتي بان يعطي العامل اجر مثله لانه انما اشتغل باقامة العمل ليزرع فيحصل له نصيبه من الخارج فاذا
اخذ الارض بعد ما اقام هذه الاعمال من كراب الارض وحفر الانهار كان هو غارا للعامل ملحقا
الضرر به والغرور والضرر مدفوع فيفتي بان يطلب رضاه **قوله** واذا مات احد المتعاقدين
بطلت المزارعة هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان الاجارة عقد استيجار ببعض الخارج
والاجارة تنفسخ بموت احد المتعاقدين عندنا خلافا للشافعي فكذلك المزارعة وقد مر الوجه في
الاجارات وهو انه لو بقي العقد يصير المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد
لانه ينتقل بالموت الي الوارث وذلك لا يجوز وهذا الذي ذكره قياس لا استحسان الا ترى ما ذكر
في الشامل في قسم المبسوط دفع مزارعة ثلث سنين فقبل الحصاد مات رب الارض في اول السنة لا
ينفسد المزارعة حتى يستحصد استحسانا وجه القياس عقد شركة فيها اجارة وكل واحد يبطل بموت
الشريك وجه الاستحسان وهو لزمهما ضرورة الي ابقاء العقد فيبقي لا جرم اذا حصد ينفسخ في
السنين بعده وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو دفع الارض اليه ثلث سنين ثم
مات رب الارض في اول سنة منها بعد ما نبت الزرع لم يكن للورثة اخذ الارض استحسانا حتى يستحصد
الزرع والقياس ان يثبت لهم حق الاخذ لانه ينفسخ العقد بموت العاقد الا انا ابقيناه استحسانا
لاجل العذر وعقد الاجارة يجوز للعذر فلان يبقى للعذر كان اولى ولهذا قلنا بانه لو استاجر

سفينة فلما توسط لجة البحر انتهت مدة الاجارة قدرنا عقد اجارة مبتداء باجر المثل لمكان العذر
فاذا قدر عقدا مبتداء لاجل العذر فلان يبقي لاجل العذر كان اولى فاذا ادرك الزرع اقتسما
بين المزارع والورثة علي الشرط وانفسخ العقد في السنين الباقية ولو كان الوقت سنة واحدة
فاخر العامل الزرع حتى زرع في اخر السنة فانقضت المدة والزرع بين العامل وبين رب الارض
نصفين لانه انتهت مدة الاجارة ويكون العمل عليهما الي ان يدرك الزرع ويكون لرب الارض علي
العامل اجر نصف ارضه ويقدر اجارة مبتداة لمكان الحاجة وجاز مثل هذا كما ضربنا من المثال
ولا يجبر العامل علي القلع لانه وقع في الابتداء بحق قال الكرخي في مختصره فان اراد رب
الارض ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك وان اراد المزارع اخذ الزرع بقلا قيل لصاحب الارض
اقلع الزرع فيكون بينكما او اعطيه قيمة حصته او انفق انت علي الزرع كله وارجع بما تنفق في حصته
يقال استحصد الزرع واحتصد بمعنى اذا حان له ان يحصد **قوله** فيحافظ فيهما علي
القياس بالدفع اي تحافظ في السنة الثانية والثالثة علي وجه القياس حيث يبطل المزارعة بخلاف
السنة الاولى فانه لا يبطل المزارعة فيها استحسانا ويترك الارض في يد العامل الي ان يستحصد
الزرع **قوله** لما نبينه اشارة الي قوله بعد هذا لان المنافع انما يتقوم بالعقد الي اخره
قوله واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الي بيعها جاز ذكره
تفريعا علي مسئلة القدوري وقد مر بيانه اي جاز فسخ المزارعة والفادح المثقل **قوله**
ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع ذكره تفريعا ايضا
وقد مر بيان جميع ذلك **قوله** قال واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان علي المزارع
اجر مثل نصيبه من الارض الي ان يستحصد والنفقة علي الزرع عليهما علي مقدار حقوقهما
اي قال القدوري في مختصره وفي بعض النسخ المختصر اجر مثل نصيبه من الزرع وذاك
اصح فعلى الثاني يتعلق من نصيبه وعلي الاول يتعلق باجر المثل قال صاحب الهداية
معناه حتى يستحصد اي معنى قوله والنفقة علي الزرع عليهما واراد بالنفقة مؤنة الحفظ
والسقي وكري الانهار وانما كان علي المزارع اجر مثل الارض بقدر نصيبه لانه بعد انقضاء
المدة منتفع بملك الغير من غير اذن وذلك لا يجوز وفي قلع نصيبه ضرر عليه وفي تبقية
الزرع الي وقت الحصاد بايجاب اجر المثل ايفاء الحقين حق المزارع وحق رب الارض فكان اولى
من الاضرار باحدهما كما في الاجارة والعارية اذا انقضت المدة والزرع بقل فانه يجب اجر المثل ويترك الزرع حتى

يستحصد نظرا لهما بخلاف موت رب الارض فان ثمة لا يجب اجر المثل ويكون العمل على العامل لا عليهما لانا
بقينا العقد حكما وان كان الموت اوجب فسخ العقد والعقد يوجب العمل على العامل بخلاف ما نحن
فيه فان العقد انتهى بانقضاء المدة فكان العمل بعد ذلك عملا في مال مشترك فيكون عليهما
وعلى هذا قالوا في الجمال اذا مات في بعض الطريق ان المستاجر يمضي الى مكة بالمسمى لانا بقينا العقد
حكما للعذر كذا هنا **قوله** فان انفق احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو متطوع
ذكره تفريعا على مسئلة المختصر اي فيما اذا انقضت مدة الزراعة والزرع بقل وانما كان
متطوعا لانه لا ولاية لاحدهما على صاحبه فلا يرجع بما انفق على صاحبه بخلاف ما اذا انفق بامر
القاضي حيث يرجع على صاحبه بمقدار حصته لان للقاضي ولاية فصح امره **قوله** ولو
اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك ذكره تفريعا ايضا وهي من مسائل
الاصل وذلك لان المزارع ليس بمتعد في الزرع وللزرع نهاية فينبغي الى ان يستحصد باجر المثل
لان التاخير اهون من الابطال وان اراد المزارع ان ياخذه بقلا كان رب الارض بالخيارات الثلاث
فيقال له اما ان تقلعه فيكون الزرع بينكما او تعطيه قيمة حصته نابتا او تنفق على الزرع كله
وترجع بما انفقت على حصته في نصيبه وانما كان الخيار لرب الارض دون المزارع لانه صاحب
الاصل وانما كان يبقى العقد نظرا للمزارع فلما اراد القلع ترك النظر لنفسه فلا يجبر على العمل الى انقضاء
مدة العقد فيندفع الضرر عن رب الارض بما ذكرنا من الخيارات فيخير **قوله** ولو مات
المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل الى ان يستحصد الزرع وابى رب الارض فلهم
ذلك ذكره تفريعا على مسئلة المختصر ايضا قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا
دفع الرجل الى الرجل ارضا على ان يزرعها ببذره وبقره فما اخرج الله من شيء فهو بينهما نصفان فزرع
الارض فلما نبت قبل ان يستحصد مات المزارع فقال ورثته نحن نعملها على حالها حتى يستحصد الزرع
وابى ذلك رب الارض فالامر في ذلك الى ورثة المزارع يعملونها فما اخرج الله منها فهو بينهما على ما
اشترطا في اصل المزارعة ولا اجر عليهم في الارض ان عملوها بقضاء قاض او بغير قضاء قاض وان
اراد الورثة قلع الزرع لم يجبروا على العمل وقيل لصاحب الارض اقلعه فيكون بينك وبينهم نصفين
او اعطهم قيمة حصتهم ويكون الزرع كله لك او انفق على حصتهم ويكون نفقتك في حصتهم الى هنا
لفظ الكرخي رحمه الله وانما كان الامر الى ورثة المزارع لانه لا ضرر في ذلك على رب الارض وانما لم يجبروا على
العمل اذا ارادوا القلع لانهم اسقطوا حقهم والابقاء كان لحقهم **قوله** لما بينا اشارة الى

قف

قوله ترك النظر لنفسه يعني ان الورثة تركوا النظر لانفسهم **قوله** قال وكذلك
اجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص فان شرطاه في المزارعة على
العامل فسدت اي قال القدوري في مختصره يعني كما ان النفقة عليهما فيما اذا انقضت مدة
المزارعة والزرع لم يدرك كان اجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما قال صاحب
الهداية الحكم الذي ذكره القدوري ليس بخاص بهذه الصورة بل هو عام في جميع المزارعات
يعني ان الحصاد واخواته في جميع المزارعات عليهما والحصاد بفتح الحاء وكسرها والرفاع بفتح الراء
وكسرها لغة وهو ان يرفع الزرع الى البيدر والدياس مصدر داس الكدس يدوسه دوسا
ودياسا والدياس هو ان يوطأ الطعام باظلاف البقر ويكر عليها وحاصل الكلام
هنا على ثلاثة اوجه ذكرها الكرخي في مختصره ما كان قبل بلوغ الزرع مما يصلح به
به الزرع فهو على العامل وما كان بعد تناهي الزرع فهو عليهما وما كان بعد القسمة فهو على كل واحد
منهما في نصيبه خاصة دون صاحبه الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله عليه وذلك لان كل ما يحتاج اليه
الزرع قبل بلوغ الزرع مما يصلح به فهو على العامل لان ذلك عمل المزارعة وهو معقود عليه من جهة
المزارع فيختص به وكل ما يحتاج اليه بعد تناهي الزرع فهو عليهما لانه لم يبق على المزارع
عمل والزرع مشترك والعمل فيه فيكون عليهما على قدر حصصهما فكذلك النفقة وما يحتاج اليه بعد
القسمة فهو على كل واحد منهما في نصيبه لان نصيب كل واحد منهما قد تميز فيكون مؤنته عليه
خاصة فان شرطاه على العامل فسدت يعني الحصاد والدياس والرفاع والتذرية وهذا
رواية الاصل وفي النوازل المزارعة جائزة على قول ابي يوسف رحمه الله وفيه عن ابي يوسف اذا اشترط
على المزارع ان يحصده ويجمعه جاز وفيه كان محمد بن سلمة ونصير بن يحيى يجيزان المزارعة
بشرط الحصاد ولا اعرف احدا في زمانهما خالفهما في ذلك قال الفقيه ابو الليث وبه ناخذ
وفي المعاملة لا عرف فيفسدها هذا الشرط وفي نوادر ابن رستم قال لا ناخذ بقول
محمد في هذه المسئلة وانما ناخذ بقول ابي يوسف والتنقية والحمل الى بيت رب المال كشرط
الحصاد جوزه مشايخ بلخ رحمهم الله كذا في خلاصة الفتاوي ووجه قول ابي يوسف ان التعارف
قد حصل ان الحصاد والدياس على العامل فاستحسن في جواز شرطه لعرف الناس كالاستصناع
ووجه رواية الاصل ان عقد الزراعة يقع على عمل المزارعة الذي يحصل به النماء
والزرع اذا تم وتناهى لم يبق هناك عمل يقع به النماء والزرع مشترك والنفقة في المال

المشترك عليهما فاذا شرطاه على العامل فقد شرطا عليه ما لا يقتضيه العقد فيفسد وقال
الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي واذا شرط رب الارض على المزارع ما يبقى منفعته بعد
المدة فان ذلك يوجب افساد المزارعة كما اذا شرط على المزارع كرى الانهار والقاء
السرقين وبناء الحايط والكراب وغير ذلك مما تبقى منفعته بعد المدة وقال بعضهم شرط
الكراب لا يفسد المزارعة لانه وان كرب مرارا فانه يبطل ذلك كله بسقي واحد ولا يبقى
منفعته الى ما بعد المدة ولو بقي يوجب الافساد ولو اشترط عليه ما يحتاج اليه من السقي
والحفظ وغيرهما فان ذلك لا يبطل المزارعة وكذلك ما يحتاج اليه في حال النما قبل ان يبلغ
الحصاد ولو شرط عليه من التحصيل بعد الادراك وبعد ما خرج من حد النما نحو الحصاد والدياس
وقطف العنب وجداد التمر ونحوه فان ذلك عليهما جميعا فاذا شرط على المزارع فسدت وروي ١٠٩
عن ابي يوسف انه قال لا يفسد لتعامل الناس كذا في شرح الطحاوي **قوله** وما كان بعد القسمة
فهو عليهما لفظ موهم لان ما كان بعد القسمة فهو على كل واحد منهما في نصيبه خاصة لا عليهما على ما روينا
من مختصر الكرخي وذلك كالحمل والطحن **قوله** ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الارض
لا يجوز بالاجماع لعدم العرف فيه ذكره تفريعا على مسئلة المختصر **قوله** ولو ارادا جداد القصيل
او جد التمر بسرا او التقاط الرطب فذلك عليهما ذكره تفريعا ايضا قال الكرخي في مختصره
فان بلغ الزرع حتى صار قصيلا فاجمعا على ان يقصلاه ويبيعاه قصيلا فان حصد القصيل
عليهما على قدر ما لكل واحد منهما في الزرع وايهما كان البذر من قبله فهو سواء في جميع ما ذكرنا
وكذلك الرجل ياخذ النخل معاملة فما كان قبل ان يصير الثمرة تمرا فهو على العامل وما كان بعد ذلك
فهو عليهما على قدر ما لكل واحد منهما في الثمرة وهذا والمزارعة سواء في جميع ما شرحناه
ذلك الى هنا لفظ الكرخي وذلك لانهما اسقطا ما بقي من العمل وجعلاه هدرا تناهيه فكذلك
في المعاملة والقصيل اسم لكل زرع بعد النبات قبل الادراك والله اعلم وقد قالوا ولو شرط
في المزارعة عملهما جميعا فالمزارعة فاسدة لان البذر ان كان من قبل العامل فهو مستاجر الارض
فاذا شرط عمل صاحبه لم يسلم ما آجر وذلك يمنع صحة الاجارة واذا كان البذر من قبل رب
الارض واشترط عمله فلم يخل بين المزارع والارض ومن شرط المزارعة التخلية وصار كالمضاربة
اذا شرط فيها عمل رب المال انها يفسد فكذلك المزارعة كذا في شرح الاقطع

كتاب المساقاة

كان من حق الوضع ان يكون كتاب المساقاة قبل

كتاب المزارعة لان المساقاة جايزة بلا خلاف ولهذا قدم الطحاوي المساقاة على المزارعة في مختصره
الا ان المزارعة لما كانت كثيرة الوقوع في عامة البلاد كانت الحاجة اليها اكثر من المساقاة
تقدمت على المساقاة ولان المزارعة لما وقع فيها الخلاف بين الايمة كانت الحاجة الى علمها اشد فقدمت
ولان تفريعاتها اكثر من تفريعات المساقاة **قوله** قال ابو حنيفة المساقاة بجزء من الثمر
باطلة وقالا جايزة اذا ذكر مدة معلومة وسمي جزء من الثمرة مشاعا هذا لفظ القدوري
في مختصره وعند الشافعي يجوز المعاملة ولا يجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة ثم المعاملة يجوز
في النخل والكرم عنده في الجديد وفي القديم يجوز في كل شجرة لها ثمر وجه قولهم معاملة
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة قال ابن الاعرابي هي مشتقة من معاملة رسول الله صلى الله عليه وسلم
باهل خيبر ثم صارت لغة مستعملة ومعاملة رسول الله صلى الله عليه وسلم تشمل المساقاة والمزارعة
جميعا ولان المعاملة استيجار ببعض ما يخرج وذلك مجهول او معدوم فلا يجوز وقد مر بيانه
في المزارعة واذا ثبت من اصل ابي يوسف ومحمد جوازها لم يصح الا على مدة معلومة كساير
الاجارات فلو دفع الى رجل نخلا ولم يذكر مدة معلومة كان على اول ثمرة تخرج من اول سنة
استحسانا لان العقد يقع على العمل في الثمرة ولكل ثمرة وقت معلوم يبتدي فيه وينتهي
فالثمرة الاولى متيقن دخولها في العقد فجاز فيها العقد وما بعد ذلك غير متيقن فلم يصح العقد
فيه واما قوله وسمي جزءا من الثمرة مشاعا فلانها عقد شركة بانتهايها فاذا لم يكن المسمى
جزءا مشاعا ربما يفضي الى قطع الشركة فلا يجوز كما في المزارعة قال في شرح الطحاوي المساقاة
عبارة عن المعاملة بلغة اهل المدينة ولاهل المدينة لغات يختصون بها ويقولون للمزارعة
مخابرة وللاجارة بيعا وللمضاربة مقارضة وللصلوة سجدة ثم قال ولا ينبغي له ان يشترط
العمل على صاحب الكرم فاذا اشترط فسدت المعاملة لان التخلية لم توجد ولو اشترط شيئا
على المساقي مما لا يبقى منفعته وراء المدة فانه يجوز نحو ان يشترط تلقيح الاشجار وسقي الكرم
والاشجار واصلاح الكرم وكل ما يحتاج اليه الكرم فانه يجوز فاما اذا كان مما يبقى منفعته
ما وراء المدة فانه لا يجوز نحو القا السرقين ونصب العراس وتقليب ارض العراس وغرس
الاشجار وما اشبه ذلك فان المعاملة فاسدة وكذا لو اشترط قطف العنب على العامل فانه
يفسد المعاملة فاذا فسدت المعاملة فالخارج كله لصاحب الكرم ويجب عليه للعامل
اجر المثل **قوله** وادراك البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار

لان لها نهايه معلومة فلا يشترط بيان المدة قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي ولو دفع اليه رطبة في ارض قد صارت قراضًا يعني خرج ساقها من عروق
عليه ولم تنته الى ان يجذ فدفعها اليه معاملة علي ان يسقيها ويقوم عليها بالنصف ولم يسم وقتا
معلومًا فهذا فاسد لانه ليس لنهايتها وقت معلومة لانها يجز مرة بعد اخري حتى لو كان
للرطبة غاية جاز ولو دفع اليه رطبة قد انتهى جذادها علي ان يقوم عليها ويسقيها حتي يخرج
بزرها علي ان ما رزق الله من شي فهو بينهما نصفان ولم يسميا وقتا فهو جايز علي ما اشترطا لان
البذر من الرطبة بمنزلة الثمرة من الشجرة لانه يقصد منها فصار كما لو دفع الاشجار معاملة
علي ان الثمر بينهما نصفان فهو جايز كذلك هنا والرطبة لصاحبها لانها لم تحدث بعمله ولم تزد
به **قوله** بخلاف الزرع متعلق بقوله وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز يعني
ذلك بخلاف المزارعة فانها لا تجوز بلا بيان المدة قياسا واستحسانا لان الزرع ليس له نهاية
معلومة لتفاوت في ابتدايه فيقع فيه الجهالة فلا بد من رفعها ببيان المدة وهذا لانه
ان قدم في القاء البذر يتقدم حصاده وان اخر يتاخر فيقع المنازعة بينهما وليس
كذلك دفع النخل والكرم والشجر معاملة بالنصف من غير بيان المدة لان مدة خروج ثمره
وادراكه لا تختلف ولا تتفاوت فلا يجري فيها المنازعة فافترقا **قوله** وبخلاف ما
اذا دفع اليه غرسًا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة هذا ايضا
يتعلق بقوله وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز عطفًا علي قوله بخلاف الزرع يعني
اذا دفع الرجل الى الرجل غرس شجر او كرم او نخل قد علق على ان يقوم عليه ويسقيه ويلقحه
فما خرج من ذلك من الغرس والثمر فهو بينهما نصفان فهذه معاملة فاسدة ان سمي سنين
معلومة لما بينا انه ليس لتناهيها وقت معلوم فان بين جاز كذا في شرح الكافي
وهذا لانه لا يدري متى تحمل الشجر وقد يتفاوت الاشجار في الحمل بحسب قوة الارض
وضعفها فلا بد من بيان المدة **قوله** ولم يبلغ الثمر اي لم يبلغ الغرس الثمر **قوله**
وبخلاف ما اذا دفع نخيلًا او اصول رطبة هذا ايضا يتعلق بقوله وفي الاستحسان
اذا لم يبين المدة يجوز عطفًا علي قوله بخلاف الزرع ايضا معناه ما قال في شرح
الكافي ولو دفع اليه اصول رطبة علي ان يقوم عليها ويسقيها حتى يذهب اصولها وينقطع
نبتها فما خرج من ذلك فهو بينهما نصفان فهذا فاسد وكذلك النخل والشجر لانه

ليس لزمان انقطاعه وذهاب اصوله وقت معلوم فكانت المدة مجهولة كذا
في شرح الكافي اما اذا دفع النخيل واصول الرطبة معاملة علي ان يقوم عليها مطلقا
ولم يقل الي ان يذهب اصولها وينقطع نباتها فذلك جايز وان لم يبين المدة استحسانا
اذا كان للرطبة جزة معلومة فتقع علي اول جزة وفي النخيل يقع علي اول ثمرة
تخرج واذا لم يكن للرطبة جزة معلومة فلا يجوز بلا بيان **قوله** او اطلق في الرطبة يعني
اذا لم يبين المدة يفسد المعاملة وتاويله اذا لم يكن للرطبة جزة معلومة واذا كانت معلومة
جازت **قوله** ويشترط تسمية الجزء مشاعًا يتعلق بقوله وسمي جزءًا من الثمرة مشاعًا
قوله فان سميا في المعاملة وقتا يعلم انه لا يخرج الثمر فيها فسدت المعاملة ذكره تفريعًا
علي مسألة المختصر وهي من مسايل الاصل قال في شرح الكافي ولو دفع اليه نخلا او كرما وشجرا معاملة
اشهرًا معلومة يعلم انها لا تخرج ثمرة في تلك المدة فهذه فاسدة لان المقصود اثبات الشركة في
الخارج وفي هذه المدة لا يتحقق الشركة في الخارج ففات مقصود العقد قطعًا وان شرطا وقتا
يبلغ فيه فهو جايز لحصول المقصود وان تاخر عن تلك المدة كان للعامل اجر مثله ان لم يكن
تاخره من ذهاب في تلك السنة لانه تبين ان المدة المضروبة لا توصل الي المقصود فصار كانه
لم يبين مدة فيفسد وان كان عن ذهاب في تلك السنة فهذه معاملة جايزة ولا شي له لانه لم
يتحقق المقصود بافة سماوية وان كان خرج في تلك السنة ولم يخل الا انه انقضي الوقت الذي
وقته قبل ان يطلع الثمر فللعامل اجر مثله فيما عمل وهذا بمنزلة الوقت الذي يعلم انه ينقضي
قبل ان يخرج الثمر لان العقد انما يعقد لتحقق الشركة لكنه ذكر مدة لا يحصل فيها فصار كما لو لم يذكر
المدة فوجب اجر المثل **قوله** قال ويجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب واصول
الباذنجان اي قال القدوري في مختصره وقال في شرح الطحاوي ثم اسم المعاملة يقع علي حدايق
الاعناب والاشجار المثمرة وينبغي له ان يشترط المدة ويشترط له حصة معلومة نحو الربع والخمس
وما اشبه ذلك ولو استثنى شيئًا لنفسه فانه لا يجوز المعاملة وقال في تحفة الفقهاء اذا دفع
الارض ليزرع الرطاب ودفع بزرها او دفع ارضا فيها اصول رطبة ثابتة لم يسم المدة ان كان
شيئًا ليس لابتداء نباته ولا لانتهاء جزه وقت معلوم لا يجوز واما اذا كان وقت جزه معلومًا
فانه يجوز ويقع علي جزة واحدة كما في الشجرة المثمرة اذا دفع اليه النخل وفيها طلع اخضر او احمر
فانه يجوز وان لم يبين الوقت لان وقت ادراكه معلوم ولو دفع والبسر تناهي عظمه لكن لم

يصير رطبا بعد لا يجوز لانه لم يبق للعامل عمل يحصل به النمو وكذا الجواب في دفع الزرع مزارعة ان كان بقلا لم يستحصد جاز وان استحصد لا يجوز لما قلنا وعند الشافعي يجوز المعاملة في النخل والكرم في الجديد وفي القديم يجوز في كل شجرة لها ثمر له ان المعاملة ثبتت بخلاف القياس بحديث خيبر وما ثبت بخلاف القياس يقتصر على مورد النص وهو النخل والكرم ولا يجوز فيما سوى ذلك ولنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم عامل اهل خيبر على شطر ما يخرج منها من شجر او ثمر والشجر اسم عام لجميع ماله ساق فيجوز في الباذنجان والرطبة لانها من الاشجار لان لها ساقا

قوله ولو كان كما زعم فالاصل في النصوص ان تكون معلولة يعني لو كان الامر كما زعم الشافعي بان يكون الاثر خص النخل والكرم ولكن الاصل في النصوص التعليل وانما جوزت المعاملة في النخل والكرم بعلة الحاجة والعلة عامة في غيرها فيجوز في الرطاب والباذنجان ايضا لوجود الحاجة فيهما **قوله** سيما على اصله هذا خلاف كلام اهل اللغة وكلامهم لا سيما وتدغون في موضعه وانما قال على اصله لان الشافعي يقول بالتعليل الزمنا لانه يقول بالعلة القاصرة ونحن لا نلتفت اليها ويثبت حرمة الربوا في القليل والكثير كالحفنة والحفنتين وعندنا لا يثبت في القليل

قوله وليس لصاحب الكرم ان يخرج العامل من غير عذر ذكره تفريعا على مسلة المختصر وذلك لان العقد لازم لا يصح فسخه الا بعذر والعذر لصاحب النخل ان يكون عليه دين لا وفاء عنده الا من النخل وسرقة العامل والعذر للعامل ان يمرض مرضا يقعده عن العمل قال في شرح الكافي فان لحقه الدين بعد خروج الثمر لم يكن له البيع لما فيه من ابطال حق العامل حتى يدرك الثمر ويقتسمانه ثم يبيع النخل وحصته من الثمر ويوفي الدين لانه زال المانع **قوله** على ما قدمناه اشارة الى ما قال في كتاب المزارعة واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه

قوله قال فان دفع اليه نخلا فيه ثمر مساقاة والثمرة تزيد بالعمل جاز وان كانت قد انتهت لم يجز اي قال القدوري في مختصره وذلك لان العامل يستحق بعض الخارج بعمله فاذا كان لعمله تاثير في النمو والزيادة جاز العقد كما يجوز قبل وجود الثمرة فاذا تناهت الثمرة لا يكون لعمله تاثير فيفسد العقد قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا دفع الرجل الى الرجل نخلا فيه طلع معاملة بالنصف فهو جايز وان لم يسميا شيئا فهو على المعاملة حتى يبلغ فاذا بلغ فهو بينهما نصفان وكذلك لو دفعه اليه وقد صار بسرا اخضر وكذلك لو دفعه اليه وقد صار احمر لانه لم يتناه عظمه فهذه معاملة جايزة وهو بينهما نصفان فان دفعه وقد انتهى عظمه وليس يزيد على ذلك قليلا ولا كثيرا الا انه لم يرطب

فالمعاملة فاسدة فان اقام عليه وحفظه حتى صار تمرا فجميع الثمر لصاحب النخل وللعامل اجر مثله فيما عمل وكذلك العنب وجميع الفاكهة في الاشجار يدفعها فهو كما وصفت لك من ثمر النخل قال ابو الحسن وكذلك الزرع ما لم يبلغ الاستحصاد واذا استحصد لم يجز ان يدفعه الى من يقوم عليه ببعضه والجواب فيه مثل الاول الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله

قوله قال واذا فسدت المساقاة فللعامل اجر مثله اي قال القدوري في مختصره وذلك لانها استيجار ببعض الخارج والاجارة اذا فسدت وجب فيها اجر المثل لا المسمى فكذا المساقاة اذا فسدت **قوله** قال وتبطل المساقاة بالموت اي قال القدوري في مختصره وذلك لان المساقاة اجارة فتبطل الاجارة بموت احد العاقدين فكذلك المساقاة **قوله** فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه الى اخره ذكره تفريعا على مسلة المختصر وهي من مسايل الاصل قال في باب العذر في المعاملة من شرح الكافي واذا دفع الرجل الى الرجل نخلا معاملة فما اخرج الله تعالى من شي فهو بينهما نصفان فقام عليه ولقحه حتى اذا صارت اخضرات صاحب الارض انتقضت المعاملة وكان البسر بين ورثة صاحب الارض وبين العامل نصفين في القياس لان الاجارة تنتقض بموت احد المتعاقدين على ما عرف لكنا نستحسن ان نقيم ورثة صاحب الارض مقامه ويبقى العقد لاجل الحاجة ثم قال فان قال العامل انا اخذ نصف البسر فالورثة بالخيار ان شاؤا اصرموا البسر واقتسموه وان شاؤا اعطوه نصف قيمة البسر وان شاؤا انفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعوا بنصف نفقتهم في حصة العامل من الثمر وقد الوجه فيه في المزارعة ولو كان مات العامل فلورثته ان يقوموا عليه وان كره صاحب الارض لان الوارث قام مقام المورث والمورث لو كان حيا كان الخيار اليه في الابقا كذا ههنا ولو ماتا جميعا كان الخيار الى ورثة العامل لما بينا فان ابى ورثة العامل ان يقوموا عليه كان لورثة رب الارض خيارات ثلثه على ما وصفنا **قوله** ولو التزم العامل الضرر بان قال انا اخذ نصف البسر **قوله** لان فيه النظر من الجانبين اي من جانب رب الارض وجانب ورثة العامل لان فيه تحصيل مقصودهم وتوفير حقوقهم **قوله** وهذا خلافة في حق مالي اي الخيار الثابت لورثة العامل وانما قاله جوابا لسوال مقدر بان يقال خيار الشرط لا يورث عندكم لانه عرض لا يقبل النقل فكيف ثبت هذا الخيار لهم فقال هذا ليس من باب توريث الخيار بل هذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى ان تدرك فجاز **قوله** واذا

انقضت مدة المعاملة والخارج بسر اخضر فهذا والاول سواء ذكره تفريعا على مسئلة
المختصر ايضا قال في شرح الكافي ولو لم يموتا ولكن انقضت مدة المعاملة والبسر اخضر
فهذا والاول سواء والخيار فيه الى العامل فان شاء عمل كما كان يعمل وان ابى خير الآخر
بين خيارات الثلثه على ما بينا فرق بين المزارعة والمعاملة من وجه واحد وهو انه
متى انقضت مدة المزارعة كان للعامل ان يقوم على الزرع حتى يستحصد وعليه نصف اجر
مثل الارض وفي المعاملة لا اجر عليه لانا لو اوجبنا الاجر ههنا لاوجبناه في مقابلة منفعة
النخيل ابتداء ومنافع النخيل غير متقومة بدليل انه لا يصح ايراد العقد عليها ابتداء بخلاف
منفعة الارض فافترقا ولو لم تنقض مدة المعاملة ولكن لحق رب الارض دين لا وفاء عنده الا
ببيع النخيل لم يؤمر بالبيع حتى يبلغ الثمر وينقضي المعاملة كما ذكرناه في المزارعة ولو انقضت
المدة او مات صاحب النخل ولحقه دين لا وفاء عنده الا ببيع النخل قبل ان يثمر النخيل وقد
سقاها العامل وقام عليها كان له ان يبيعها لانه لم يتعلق حق صاحب العمل بها اذ حقه متعلق
بالخارج ولا خارج ولو استحقت الارض وما فيها من النخيل بعد ما عمل فيها حتى اخرجت البسر
كان النخل والخارج للمستحق ورجع العامل على الدافع باجر مثل عمله فرق بين هذا وبين المزارعة
فان الاستحقاق اذا ورد على الارض كان الخارج بينهما لانه يقبل الفصل عنه بخلاف استحقاق
الشجرة فانه لا يقبل الفصل عن استحقاق الثمرة لانه متولدة عنها فافترقا ووجب اجر المثل
لانه استحق البدل فيصار الى اجر المثل كذا في شرح الكافي **قوله** وفي المزارعة في هذا عليهما اي
العمل في المزارعة فيما اذا انقضت المدة والزرع لم يدرك بعد عليهما جميعا على رب الارض والعامل
لان العمل عليهما بقدر ملكهما في الزرع لان رب الارض لما استوجب اجر مثل الارض على العامل
لم يستوجب عليه العمل في نصيبه بعد انقضاء المدة وههنا في صورة المعاملة لا يستوجب صاحب
النخل بعد انقضاء المدة اجر مثل النخل على العامل كما كان لا يستوجب قبل انقضاء المدة لا اجر
اجارة النخيل الى ان يدرك الثمر فكان كل العمل على العامل الى حين الادراك والمعاملة ...
وورق التوت ذكرناها في باب البيع الفاسد **قوله** قال وتفسخ بالاعذار اي قال القدوري
في مختصره **قوله** قال وتفسخ بالاعذار اي قال القدوري وتفسخ المساقاة بالاعذار والاعذار
ثلثة ذكرت والمزارعة عند قوله واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل وذلك
لان المساقاة فيها معنى الاجارة وجواز الاجارة للعذر والحاجة فاذا جازت للحاجة فلان تفسخ

بالعذر اولى ثم هل تفرد صاحب العذر بالفسخ ام يحتاج الى قضاء القاضي فيه روايتان ذكرناه
في المزارعة وقد مر بيانهما مستقصى في كتاب الاجارات في باب فسخ الاجارة ايضا **قوله**
لما بينا في الاجارات اشارة الى الدليل الذي ذكره في باب فسخ الاجارة بقوله ولنا ان المنافع
غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ
به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا
هو معنى العذر عندنا **قوله** سرقة السعف وهو غصن النخل منه قول بعضهم يرى
الغراب الذنب في كل صيد وما صادت الغربان في سعف النخل **قوله** ولو اراد
العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان ذكره تفريعا على مسئلة المختصر
اعلم ان المعاملة لازمة من الجانبين ليس لاحدهما ان يفسخها الا من عذر وليس للعامل ان يمتنع
عن العمل الا من عذر وهو المذكور في ساير الكتب وقد مر ذلك في اول المزارعة قال صاحب
الهداية فيه روايتان في رواية لا يكون ترك العمل عذرا ويجبر على ذلك لان العقد لازم فلا
يفسخ الا من عذر وقيل يكون ذلك عذرا وتاويله ان يشترط عليه العمل بنفسه فاذا ترك
العمل كان ذلك عذرا اما اذا دفع اليه النخيل على ان يعمل فيها بنفسه وباجرائه
فعليه ان يستخلف غيره في العمل فلا يكون تركه للعمل عذرا في فسخ المعاملة ولنا فيه
نظر **قوله** ومن دفع ارضا بيضاء الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان
يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة
فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله اي في الارض ذكر هذه المسئلة تفريعا على مسئلة القدوري
وهي من مسائل الاصل قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي الذي
هو مبسوطه واذا دفع الرجل الى الرجل ارضا بيضاء سنين مسماة على ان يغرسها نخلا
وكرما وشجرا على ما اخرج الله تعالى من ذلك من نخل او شجر او كرم او ثمر كان بينهما نصفين
وعلى ان الارض بينهما نصفان فهذا كله فاسد فان قبضها وغرسها فاخرجت ثمرا فجميع الغرس
والثمر لرب الارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثله فيما عمل من اصحابنا من قال
انه صار بايعا نصف ارضه بنصف غرسه وانه معدوم فكان فاسدا الا انه لما غرسه في
ارضه فقد ملكه لانه يقع بالغرس مسلما الى صاحب ~~الى صاحب~~ الارض له ان يقلعه الا
انا لم نامره بالقلع لما في القلع من الاضرار بصاحب الارض فاوجبنا قيمة الغرس

الا ان هذا ضعيف لانه ذكر الزرع بعد هذا وجعل الحكم فيه كالحكم في الغرس ولا يؤدي الى الفرق
والوجه ما ذهب اليه الحاكم في الاجارات وهو انا جعلنا الغرس بمنزلة الالات فصار كانه استاجره
ليعمل في ارضه بآلاته على ان يكون نصف الارض المغروسة عوضا عن عمله وهذا فاسد فيجب
اجر مثل العمل وقيمة الالات فصار كما لو دفع ثوبا الى صباغ يصبغه بالنصف وجب له ثمن
صبغه واجر عمله كذلك هاهنا وكذلك لو لم يشترط له من الارض شيئا ولكن قال له على ان لك
علي مائة درهم او شرط عليه كر حنطة او شرط له نصف ارض اخرى معروفة وكذلك هذا
في الزرع والوجه فيه ما ذكرنا في الاشجار وكذلك لو كان الغرس من عند رب الارض واشترط
ان ما خرج من ذلك فهو بينهما نصفان وعلى ان للعامل على رب الارض مائة درهم لانه شركة
في الخارج وسمى له اجرا معينا ومتى قابلنا عمله بالدراهم لم يبق له شيء يثبت به الشركة فيقع هذا اجارة
ومزارعة فيكون ادخال صفقة في صفقة فيفسد به العقد ويكون الخارج كله لرب الارض
وللعامل اجر مثله واشتراط الدراهم باطل لانه لما فسد العقد بطل ولا اجر المثل اذ العقد
متحد كذا في شرح الكافي **قوله** وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض والغراس بكسر الغين
المعجمة فسيل النخل وانما انث الضمير الراجع اليه على تاويل الاغراس **قوله** لتقومها بنفسها
انث الضمير الراجع الى اجر المثل على تاويل الاجرة ومثل ذلك جائز كما في قوله سائل بني اسد ما هذه
الصوت على تاويل الصيحة **قوله** وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى اي في تخريج
المسألة طريق آخر اشار به الى ما ذكره بعض اصحابنا في شرح الكافي وهو الذي ذكرناه آنفا
وهذا اصحهما اي الذي ذكرته في كتاب الهداية وهو قولي لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعد
اصح الطريقين وقد قال اصحابنا اذا دفع احد الشريكين النخل والشجر الى شريكه مساقاة لم يجز ولا اجر له على عمله
وما خرج من الثمرة فهو بينهما بقدر ملكيهما وذلك لان المساقاة عقد اجارة واستيجار احد الشريكين
على العمل فيما هو شريكه فيه لا يصح ولا يجب له اجر لان العمل وقع لنفسه واذا لم يصح العقد كان الخارج بينهما
على قدر الملكين لانه نماء ملكيهما

كتاب الذبائح

المناسبة بين كتاب المزارعة وكتاب الذبائح ان في كل منهما اتلافا في الحال للانتفاع في المآل الا ترى ان الزراعة
لا يكون الا باتلاف الحب في الارض للانتفاع بالزرع بعد النبات فكذا الذبح لا يكون الا باتلاف الحيوان بازهاق
روحه للانتفاع بلحمه بعد ذلك والذبائح جمع ذبيحة وهي المذبوحة ثم اعلم ان الشيخ ابا الحسن
الكرخي ذكر في اول كتاب الذبائح من مختصره ما احل الله في كتابه وقال قال الله تبارك وتعالى والانعام خلقها لكم

فيها دفء ومنافع ومنها تاكلون وقال جل وعز اولم يروا انا خلقنا لهم مما عملت ايدينا انعاما فهم
لها مالكون وذللناها لهم فمنها ركوبهم ومنها ياكلون وقال عز وجل الله الذي جعل لكم الانعام لتركبوا
منها ومنها تاكلون وقال تبارك اسمه ومن الانعام حمولة وفرشا كلوا مما رزقكم الله ولا تتبعوا
خطوات الشيطان انه لكم عدو مبين فالحمولة الكبار منها والفرش الصغار والانعام الابل والبقر
والغنم ولا اعلم خلافا في ان اسم الانعام واقع على ما سمينا وما عدا الانعام من البهائم الانسية لا يجوز
اكله فلا يجوز اكل الخيل ولا البغال ولا الحمير وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يكره اكل لحوم
الخيل فاما نحن فقلنا لا باس بذلك الى هنا لفظ الكرخي في مختصره وقال الشيخ ابو الحسين القدوري
في شرحه الذبائح محظورة بالعقل لان الاشياء في الاصل عندنا على الاباحة الا ما كان فيه ادخال ضرر
على الحيوان والمحظور بالعقل على ضربين منه ما يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع باباحته كقبح الظلم ومنه ما هو
مجوز فيجوز ان يرد الشرع باباحته وانما كان كذلك لان الضرر اذا كان فيه نفع يوفي عليه حسن
بالعقل فلذلك حسن ان نحجم الاطفال ونداويهم بما فيه الم وذلك لما لهم في ذلك الالم من النفع ولا يعلم بالعقل
ان البهائم في ذبحها منفعة فلا يجوز ان يقدم عليه فاذا اباح الشرع ذلك كشف لنا عن المنفعة
التي تحصل لها من العوض فحسن فعلها ولا يقال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ياكل لحم الحيوان
قبل ان يبعث فان كانت الاباحة بالشرع لم يجز له ذلك لانا لا نعلم انه صلى الله عليه وسلم قبل بعثه
ذبح وانما اكل اللحم وليس في حظر الذبح ما يوجب حظر اللحم لانها اذا ذبحت فالاكل لم يحصل منه امر
يكره في العقل ولو ثبت انه صلى الله عليه وسلم ذبح لم يمتنع ان يفعل ذلك على شريعة من كان
قبله الى هنا لفظ القدوري في شرحه وقد اعترض على هذا الكلام شمس الائمة السرخسي فقال زعم
بعض العراقيين من مشايخنا ان التذكية محظورة بالعقل لما فيها من ايلام الحيوان وهذا عندي
باطل وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يتناول من اللحم قبل مبعثه ولا يظن به انه تناول ذبائح
المشركين لانهم كانوا يذبحون باسم الاصنام فنعلم انه كان يذبح ويصطاد بنفسه وجوابه
يعلم من كلام القدوري ان شاء الله وايضا يجوز ان يتناول من ذبائح اهل الكتاب لا المشركين
فلا يرد ما قاله ثم قال القدوري واذا ثبت اباحة الذبائح فالكلام بعد ذلك فيما يحل من الحيوانات
وما يحرم وجملة ذلك ان الحيوان على ضربين منه ما له دم سائل ومنه ما لا دم له فما لا دم له حرام
اكله الا الجراد وما له دم على ضربين احدهما ما يعيش في الماء والآخر ما لا يعيش في الماء فما يعيش
في الماء كله محرم الا السمك خاصة وما يعيش في البر على ضربين مستانس ومتوحش فالمستانس نحو

منه الانعام وهي الابل والبقر والغنم والدجاج وما سوى ذلك من المستأنس لا يوكل الا
الفرس فانه يكره عند ابي حنيفة ولا يكره عند ابي يوسف ومحمد واما المتوحش فيحرم
منه كل ذي مخلب وناب ويحل ما سواه ويكره اكل الحشرات كلها وسيجي بيان جميع ذلك في
الكتاب ان شا الله تعالى **قوله** قال الذكوة شرط حل الذبيحة وهذا وقع على خلاف
وضع الكتاب لانه اذا ذكر لفظ قال في اول المسلة كان يشير به الي ما ذكر في الجامع
الصغير او مختصر القدوري وهنا لم يقع الاشارة الى احدهما ولهذا لم يذكره في البداية فكان
ينبغي ان لا يورد لفظ قال او يقول قال العبد الضعيف مشيرا به الى نفسه والذكوة
اسم بمعنى الذبح من ذكى الشاة تذكية اذا ذبحها ثم الذكوة شرط حل الذبيحة لقوله تعالى
حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما اهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية
والنطيحة وما اكل السبع الا ما ذكيتم وهذا لانها لم تذك كانت ميتة والميتة حرام
بالنص فيكون الذكوة شرط الحل لانه مستثنى من الحرمة الا ان السمك والجراد خرجا عن
عموم الآية بالسنة المشهورة وهي قوله عليه السلم احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك
والجراد واما الدمان فالكبد والطحال واجماع الامة يدل على هذا لان الاكل لا يحل
الا بالذكوة بالاجماع وركن الذكوة هو القطع والجرح لان الذكوة به توجد وركن الشي ما
يوجد به الشي فاما شرط وقوع الذكوة ذكوة اربعة اشياء آلة جارحة بالاجماع لحديث
ابرهيم النخعي قال اذا خزق المعراض فكل واذا لم يخزق فلا تاكل فعلم ان الآلة اذا لم تجرح
تحل والثاني ان يكون الذابح ممن له ملة التوحيد وهو حلال في الحل اما دعوى واعتقادا كالمسلم
او دعوى كالكتابي فانه يدعي انه صاحب ملة التوحيد بخلاف المجوسي فانه ليس له ملة التوحيد
لا دعوى ولا اعتقادا لانه يقول بصانعين احدهما خالق الخير والاخر خالق الشر فلا يحل
ذبيحته والمحرم لا يحل ذبيحته وكذا الحلال اذا كان في الحرم لا يحل ذبحه للصيد
والثالث ان يكون المحل من المحللات اما من كل وجه كماكول اللحم او من وجه عندنا
بان كان مما يباح الانتفاع بجلده ان كان مما لا يحل اكله والرابع التسمية وهي شرط عندنا
خلافا للشافعي قال في الاجناس يعتبر في حصول الذكوة اربع شرايط احدها صفة في
الفاعل بان يكون معتقدا للكتاب منزل في دين مقر عليه والثاني صفة في الفعل وهو
وجود ذكر الله تعالى عليه في حق المذكي والثالث صفة في الآلة بان يكون ما يقطع للمذكي

والرابع صفة في الموقع فيه وهو قطع الاوداج والاوداج الحلقوم والمري والودجان
الى هنا لفظ الاجناس وحكم الذكوة حل اكل المذبوح فيما يوكل وطهارته وجلده ان كان مما لا يوكل
لحمه الا الادمي والخنزير فانه لا يلحقهما الذكوة وهذا لان حكم الشي ما يثبت به والذي يثبت
بالذكوة هذا ثم الذكوة نوعان ذكوة اختيار وذكوة اضطرار فذكوة الاختيار جرح مقدر
وهو قطع الاوداج في محل معلوم وهو ما بين اللبة واللحيين وذكوة الاضطرار جرح في اي
محل كان وعند بعضهم جرح مدمي في اي محل كان والاصل في باب الذكوة هو الاول والثاني
كالبدل عنه لان البدل ما لا يصار اليه الا بعد العجز عن الاصل وذكوة الاضطرار بهذه
المثابة لانه لا يصار اليها الا بعد العجز عن ذكوة الاختيار ليكون الذكوة مشروعا بقدر
الوسع والامكان ولان الذكوة شرعت لتخرج الدم المسفوح المنجس وانما تخرج الدم
المسفوح بذكوة الاختيار فكانت اصلا وذكوة الاضطرار بدلا ثم الآلة التي يحصل
بها الذكوة نوعان جماد وحيوان والجماد نوعان ما يعمل متصلا كالسكين والسيف والرمح
وما يعمل منفصلا كالسهم والمزراق والحيوان نوعان من جنس الطيور كالبازي والصقر والشاهين
ونحوها ومن جنس البهايم كالكلب والفهد وانما صلحت هذه الحيوانات آلة بعد التعليم لانه
قبل التعليم اجتمع في هذه الحيوانات ما يوجب ان يكون آلة وما يمنع من حيث انه لا عقل له
وانه قاطع جارح تصلح آلة كالسكين ومن حيث ان لهذه الحيوانات اختيارا لم تصلح
آلة والآلة ما لا اختيار له كالسكين واذا لم يترجح ما يوجب ان يكون آلة على ما يمنع شرط
الشرع التعليم حتى يترجح احد الوجهين على الآخر فالتحقت هذه الحيوانات بعد التعليم
بالسكين فوقع عملها لصاحبها لا لنفسها **قوله** وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة وكان
ينبغي ان يقول بها لان الضمير راجع الى الذكوة ولكن على تاويل الذبح ذكره وهذا لان المنجس
هو الدم المسفوح فيزول ذلك بالذكوة فيحصل الطهارة بها الا الادمي والخنزير فان الذكوة
لا يلحقهما قال الفقيه ابو الليث وذكر عن ابي الحسن الكرخي انه قال اذا صلى ومعه شي من لحم
السباع وقد ذبح جازت صلوته ولو وقع في الماء لم ينجس الماء وكان الفقيه ابو جعفر يقول
هو نجس لا يجوز الصلوة معه ولو وقع في الماء افسد الماء وهو موافق لقول نصير وبه ناخذ
هكذا ذكره في كتاب الصلوة من كتاب النوازل وسيجي في فصل ما يحل اكله وما لا يحل
اكله ~~وما لا يحل اكله~~ عند قوله واذا ذبح ما لا يوكل لحمه طهر لحمه وجلده الا الادمي والخنزير

ض

قوله فانها تنبئ عنها اي ان الذكوة تنبئ عن الطهارة قوله ومنه قوله عليه السلام
ذكوة الارض يبسها وفيه نظر لانه من كلام محمد بن علي وهو محمد بن الحنفية لا من كلام
النبي عليه السلام وبه صرح في الفايق وفسره بقوله اي اذا يبست عن رطوبة النجاسة
فذاك تطهيرها كما ان الذكوة تحل الذبيحة وتطيبها ثم قال وقيل الذكوة الحيوة
من ذكت النار اذا حييت فكان الارض اذا نجست ماتت واذا طهرت حييت واشتعلت م
قوله بين اللبة واللحيين واللبة الصدر واللحيان الذقن قوله اعمل هو
افعل التفضيل اي الاول هو الجرح بين اللبة واللحيين اعمل من الثاني في اخراج الدم
فترك من العلم به كما في قوله تعالى يعلم السر واخفى اي اخفى منه قوله قال ذبيحة
المسلم والكتابي سواء يصح به الذكوة ولا خلاف في جواز ذكوة المسلم واما ذكوة
الكتابي فلقوله تعالى الا ما ذكيتم وهو المراد بقوله لما تلونا وذلك لان الخطاب عام
ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم في الصحيح البخاري قال ابن
عباس طعامهم ذبايحهم وقال في الصحيح البخاري ايضا وقال الزهري لا باس بذبيحة نصارى
العرب فان سمعته يسمي لغير الله فلا تاكل فان لم تسمعه فقد احله الله وعلم كفرهم ويذكر عن علي نحوه
الى هنا لفظ الصحيح ولا يجوز ان تحل طعامهم على غير الذبايح لانه لو كان كذلك لم يخص باهل الكتاب
قال في شرح الطحاوي وذبيحة اهل الكتاب انما تحل اذا اتي به مذبوحا وان ذبح بين يديك
فان سمي الله تعالى فلا باس وان سمى باسم المسيح فانه لا يوكل وقال ابو الحسن الكرخي في
مختصره فان كان الذابح كافرا من غير اهل الكتاب لم توكل ذبيحته كائنا ما كان وما كان دينه والى
شيء عبد الى هنا لفظ الكرخي وذلك لقوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ومن ليس بكتابي
ولا يذكر اسم الله ولان الاباحة وردت مختصة باهل الكتاب فمن سواهم على اصل الحظر وقال
الكرخي في مختصره ويجوز ذبح الصابئين عند ابي حنيفة وهم عنده اهل الكتاب وهم فرقة من
النصارى عنده وليس يريد الضرب الآخر من الصابئين لا يؤمنون بعيسى صلى الله عليه ولا يقرون
بنبوته ولهم شرع آخر ليس مما النصارى عليه فهولاء لا يوكل ذبايحهم وهو عندي هكذا ولم ار هذا التفسير
عن ابي حنيفة الا ان الحكاية عنه انهم اهل الكتاب الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قال القدوري في
شرحه وانما اجاب ابو حنيفة على من يؤمن بنبي وكتاب ويعظم الكواكب كتعظيم المسلم القبلة وقال
وهاهنا الامر على من يعظم الكواكب تعظيم عبادة فهو عابد وثن فلا يجوز اكل ذبيحته

القدوري وبعض هذه الفرقة مشكلة لانهم يدينون بكتمان اعتقادهم فلا يعرف حالهم فاما
حمل ابي الحسن لقول ابي حنيفه على صابي يؤمن بعيسى فهو امر لا يعرف منهم وانما يؤمنون بادريس
ويعظمونه دون غيره من الانبياء وقال القدوري في كتاب النكاح من تصنيفه المسمى بالتقريب
وهذه المسلة لا خلاف فيها في الحقيقة لان ابا حنيفة اجاب فيهم على طايفة من النصارى يؤمنون بالكتاب
فهم كساير اهل الكتاب وهما اجابا على من يعبد الكواكب فيصير كعابد الوثن وقال ابو بكر الرازي
في شرحه لمختصر الطحاوي لا خلاف بينهم في المعنى في هذه المسلة وذلك ان الصابئين طايفتان
طايفة منهم ينتحلون دين المسيح ويقرون بالانجيل وهم في ناحية البطيحة من عمل واسط فهولاء في
قولهم جميعا يوكل ذبايحهم وفرقة اخرى من الصابئين في ناحية حران وديار ربيعة لا ينتحلون
كتابا ولا نبيا يعبدون الكواكب والاصنام فهولاء اهل الاوثان لا توكل ذبايحهم ولا ينكح نساوهم في قول
اصحابنا جميعا وقال في الاصل ارايت الصبي يذبح ويسمي هل يوكل ذبيحته قال ان كان يضبط ويعقل
التسمية والذبيحة فلا باس به وان كان لا يعقل ذلك فلا قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره
وكذلك المجنون يذبح في حال جنونه او السكران يذبح في سكره فهو مثل ذلك يعني ان كان يعقل المجنون
او السكران التسمية والذبيحة جاز والا فلا قال شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهر زاده
في شرح المبسوط يريد بقوله يضبط اي يضبط شرايط الذبح من فرى الاوداج وغيره ويعقل التسمية
والذبيحة بان كان يعقل انه يباح بالتسمية ولا يباح بغير التسمية وذلك لانه متى امكنه ضبط شرايط
الذبح وعقل التسمية كان هو والبالغ اذا سمى وذبح حل فكذا الصبي وان كان لا يعقل التسمية فانه لا تحل
ذبيحته لانه متى لم يعقل التسمية لا يصح منه التسمية كما لا يصح منه الاسلام متى لم يعقل ولا البيع ولا
النكاح اذا لم يعقل والتسمية شرط الاباحة وقال في كتاب التفريع لاصحاب مالك ولا يجوز ذبيحة
السكران ولا المجنون ثم قال في الاصل وذبايح اهل الحرب اذا كانوا من اهل الكتاب لا باس بها
وذلك لقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم اذ لا تفصيل فيه بين الكتابي الحربي
والذمي وذلك لانهم يؤمنون بالكتاب وانما حربهم معصية منهم وذلك لا يؤثر في الذبح كمعصية
المسلمين وقال الكرخي في مختصره ولا باس بذبايح بني تغلب الفلاحين وغيرهم ولا
باس وذلك لانهم على دين النصارى وان لم يتمسكوا بكل شرايعهم فصاروا كالنصارى الاصليين
اذا لم يتمسكوا ببعض الشرايع وقال في شرح الاقطع وقد قال الشافعي ان ذبايح بني تغلب وذبايح
نصارى العرب لا توكل وهذا لا يصح لما ذكرنا والذبحة بكسر الذال نوع من الذبح اراد به القدرة على

لما ذكرنا

الذبح **قوله** وصحة القصد بما ذكرنا اي بما اذا كان يعقل التسمية والذبيحة لانه لا يقال المجنون
لا عقل له فكيف يعقل لانا نقول اراد به المعتوه وهو الذي يجن تارة ويفيق اخرى وقد يعقل
التسمية وكذا السكران قد يعقل **قوله** والاقلف والمختون سواء اي في حل الذبيحة
لما ذكرنا اشار به الى الآيتين وهما قوله تعالى الا ما ذكيتم وقوله تعالى وطعام الذين
اوتوا الكتاب حل لكم لان الخطاب عام وانما قيد بالاقلف احترازا عما روي عن ابن عباس
انه كان يكره ذبيحته قال في الفايق ابن عباس كان يكره ذبيحة الارغل هو الاغرل الاقلف
والاقلف الذي لم يختن وكذا الاغلف كذا في ديوان الادب وقال الكرخي في مختصره ولا
باس بذبيحة الاخرس المسلم والكتابي وذلك لانه من اهل الذكوة وعجزه عن التسمية لا يمنع
صحة ذكاته كما ان عجزه من التكبيرة لا يمنع من صحة صلاته **قوله** قال ولا يوكل ذبيحة المجوسي
اي قال القدوري في مختصره وذلك لما روي اصحابنا في كتبهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه
قال سنوا بالمجوس سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم وقال ابو يوسف في تصنيفه
المسمى بكتاب الخراج حدثني قيس بن الربيع عن قيس بن مسلم عن الحسن قال صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم
مجوس اهل هجر على ان ياخذ منهم الجزية غير مستحل مناكحة نسائهم ولا اكل ذبائحهم وقال
ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي وقد روي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب
الى سعد في مجوس السواد ان لا تنكح نساؤهم ولا يوكل ذبائحهم وذلك بحضرة الصحابة من غير
خلاف من احد منهم عليه ولان احد شرايط الذكوة ان يكون الذابح ممن له ملة التوحيد دعوى
واعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي والمجوسي ليس له ملة التوحيد فلم يوجد شرط الذكوة فلا يحل
ذبيحته **قوله** قال والمرتد اي قال القدوري في مختصره وهو بالجر عطفا على المجوسي
وكذا قوله والوثني والمحرم بالجر ايضا قال الكرخي في مختصره وكذلك المرتد عن الاسلام لا
يوكل ذبيحته الى اي دين ارتد وان كان اهل ذلك الدين ممن يوكل ذبائحهم وان ارتد الكتابي
الكتابي الى دين من غير دين اهل الكتاب لم يوكل ذبيحته وان ارتد غير الكتابي الى دين اهل
الكتاب اكلت ذبيحته ينظر الى حاله ودينه في حال ذبحه دون ما سواه الى لفظ الكرخي
رحمه الله وذلك لان المرتد عن الاسلام لا يقر على دينه الذي انتقل اليه فصار كالوثني الذي
لا دين له فلا يوكل ذبيحته وكذلك الكتابي كاليهودي او النصراني اذا انتقل الى دين غير اهل
الكتاب بان تمجس لا يوكل لان المجوسي ليس له ملة التوحيد اصلا بخلاف اليهودي اذا تنصر

او النصراني اذا تهود حيث يوكل ذبيحته لان الذي انتقل اليه دين يقر عليه لذلك
لو تهود المجوسي او تنصر لانه دين يقر عليه ولا يجبر بالعود الى دعوى الاثنين فلما اقر على
الدين الذي انتقل اليه صار كانه من اهله في الاصل **قوله** والوثني اي لا يوكل ذبيحة
الوثني وهو الذي يعبد الوثن لانه ليس له ملة التوحيد والوثن الصنم **قوله** قال
والمحرم اراد به ذبيحة المحرم من الصيد سواء كان المحرم في الحل او في الحرم وكذا صيد الحرم
لا يحل ذبيحته اصلا لا المحرم ولا الحلال وذلك لان الذكوة فعل مشروع وذبح المحرم الصيد
ليس بمشروع وكذا ذبح الصيد في الحرم ليس بمشروع لحق الله تعالى فيكون ميتة فلا يحل اما
ذبح المحرم غير الصيد فمشروع وما ذبح الحلال غير صيد الحرام فمشروع ايضا فيقع فعله
ذكوة فيحل **قوله** قال وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا توكل وان
تركها ناسيا اكل اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره التسمية
على الذبيحة عندنا فرض لا يصح الذكوة مع تعمد تركها وان كان ترك على وجه النسيان صحت
الذكوة وكذلك الكتابي اذا ترك التسمية عامدا لم توكل ذبيحته وان كان ناسيا اكلت
وهو في هذا بمنزلة المسلم الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وقال القدوري في شرحه للمختصر
وقال الشافعي رحمه الله اذا ترك التسمية عمدا جاز الاكل وقال مالك اذا تركها ناسيا لم
توكل وهكذا ذكر القدوري مذهب مالك وقال ابن الجلاب البصري المالكي في كتاب التفريع والتسمية
شرط في صحة الذبيحة لمن تركها عامدا لم توكل ذبيحته وان تركها ناسيا اكلت ذبيحته
فيحتمل ان يكون عن مالك روايتان في النسيان وقال الخرقي من اصحاب احمد بن حنبل ومن
ترك التسمية على صيد عامدا او ساهيا لم يوكل وان ترك التسمية على ذبيحة عامدا لم توكل
وان ترك ساهيا اكلت وقال في تفسير سورة الانعام من كتاب التيسير وداود بن علي حرم
متروك التسمية ناسيا وقال في النوازل وفي قول بشر لا يوكل اذا ترك التسمية عمدا
او ناسيا وقال القدوري ايضا في شرح مختصر الكرخي وقد اختلف الصحابة في النسيان
فقال علي وابن عباس اذا ترك التسمية ناسيا اكل وقال ابن عمر لا يوكل والخلاف
في النسيان يدل على اتفاقهم في العمد ثم اعلم ان التسمية شرط الحل في الذبيحة مع الحز لان
الحز هو الذبح والتسمية من شرايط الذبح وفي الصيد عند الرمي والارسال والخلاف
في ترك التسمية في الصيد كالخلاف في الذبيحة فعندنا لا يحل مع العمد خلافا للشافعي له

ماروي عن النبي صلى الله عليه وسلم المومن يذبح على اسم الله تعالى سمى او لم يسم ولانه اذا ترك
التسمية ناسيا حلت بالاتفاق فلو كانت التسمية شرطا لم تحل لان شرط الشي ما يتوقف الشي
على وجوده ولا يفترق الحال بين النسيان والعمد كما في الطهارة واستقبال القبلة وستر العورة
ولنا قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسق وان الشياطين ليوحون
الى اوليايهم ليجادلوكم وان اطعتموهم انكم لمشركون قوله وانه لفسق اي ان
متروك التسمية عمدا حرام سماه فسقا لان تناوله فسق اي خروج عن الطاعة وان الشياطين
اي يوسوس الشياطين الى المشركين ليجادلوكم بقولهم تاكلون ما امتم ولا تاكلون ما اماته
الله وعن عكرمة ان الشياطين هم المجوس يلقنون المشركين ذلك في محاجة اهل الاسلام
وان اطعتموهم اي اطعتم الكفار في استحلال ما حرم الله انكم لمشركون مثلهم وجه الاستدلال ان م
لان الله تعالى نص على تحريم متروك التسمية عمدا لانه تعالى نهى والنهي للتحريم بدلالة السياق
الا ترى الى قوله تعالى وانه لفسق والى قوله وان اطعتموهم انكم لمشركون ويدل عليه
السنة ايضا وهي ما قال البخاري في الصحيح حدثنا قتيبة بن سعيد قال حدثنا محمد بن
فضيل عن بيان عن الشعبي عن عدي بن حاتم قال سالت رسول الله صلى الله عليه وسلم وقلت انا قوم
نصيد بهذه الكلاب فقال اذا ارسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله فكل ما امسكن عليك
وان قتلن الا ان ياكل الكلب فاني اخاف ان يكون انما امسكه على نفسه وان خالطها كلاب
من غيرها فلا تاكل وحدث البخاري ايضا عن موسى بن اسمعيل عن ثابت بن يزيد عن عاصم عن
الشعبي عن عدي بن حاتم عن النبي صلى الله عليه وسلم اذا ارسلت كلبك وسميت فامسك وقتل فكل وان اكل فلا
تاكل فانما امسك على نفسه واذا خالط كلابا لم يذكر اسم الله عليها فامسكن وقتلن فلا تاكل فانك لا
تدري ايها قتل وحدث البخاري عن ادم عن شعبة عن عبد الله بن ابي السفر عن عدي بن حاتم
قال قلت يا رسول الله اني ارسل كلبي واسمي فقال النبي صلى الله عليه وسلم اذا ارسلت كلبك وسميت فاخذ
وقتل فاكل فلا تاكل فانما امسك على نفسه قلت اني ارسل كلبي اجد معه كلبا اخر لا ادري
ايهما اخذه فقال لا تاكل فانما سميت على كلبك ولم تسم على غيره وحدث البخاري ايضا باسناده
الى جندب بن سفيان البجلي قال ضحينا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم اضحاة ذات يوم فاذا اناس
قد ذبحوا ضحاياهم قبل الصلوة فلما انصرفوا راهم النبي صلى الله عليه وسلم انهم قد ذبحوا قبل الصلوة فقال
من ذبح قبل الصلوة فليذبح مكانها اخرى ومن كان لم يذبح حتى صلينا فليذبح على اسم الله وهذه الاحاد

كلها تدل على حرمة متروك التسمية عمدا الا ترى الى تصريح رسول الله صلى الله عليه وسلم
بقوله لا تاكل فانما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك واجماع الصحابة رضي الله
عنهم يدل على صحة ما قلنا لانهم اختلفوا في حرمة متروك التسمية ناسيا ولم يختلفوا في
متروك التسمية عامدا فاذن لا وجه لانكار الشافعي شرط التسمية لمخالفة اجماع الامة
وصريح النص وتسمية الله تعالى اكل ذلك فسقا فان قلت التعلق بقوله تعالى لا تاكلوا
مما لم يذكر اسم الله عليه لا يصح لان الله تعالى لم يبين الذكر في اي حالة هو اهو
في حالة الذبح ام في حالة السلخ ام في حالة الطبخ ام في حالة الاكل فكان مجملا ولان الله تعالى
ذكر بكلمة من وقال مما لم يذكر اسم الله عليه وهي للتبعيض والبعض ليس باولى من البعض
فكان المراد مجهولا مجملا والتمسك بالمجمل لا يصح قلت ما سوى حالة الذبح ليس بمراد بالاجماع
لانه لم يقل به احد فتعين حالة الذبح والا يلزم الغاء النص ولا يقال يحمل على الندب فلا
يلزم الغاء النص لانا نقول يابى ذلك قوله تعالى وانه لفسق لان تارك المندوب لا ينسب
الى الفسق والجواب عن الثاني فنقول سلمنا ان البعض مراد على اصالة التبعيض ولكن ذلك
البعض مجهول منكر كما قال وقد وقع في سياق النفي والنكرة اذا وقعت في سياق النفي
تعم فان قلت المراد من الاية الميتة لان سبب نزول الاية مجادلة المشركين في الميتة
حيث قالوا تاكلون ما تقتلونه ولا تاكلون ما قتله الله تعالى قلت سلمنا السبب
ولكن العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب لان اللفظ هو الذي يدل على الحكم لا السبب
فلو كان مختصا بالسبب لم يتجاوز حكم الشرع مكة والمدينة لان ساير الاسباب
كانت ثمة واللفظ عام لان قوله تعالى مما لم يذكر اسم الله عليه يتناول الميتة
وغيرها مما لم يذكر اسم الله عليه وفيما قال الخصم عدول عن ظاهر اللفظ وترك الحقيقة
امكان العمل وعمل بالمجاز فلا يجوز فان قلت لا نسلم ان المراد منه الذكر باللسان بل
المراد منه الذكر بالقلب كما في قوله تعالى ولا تطع من اغفلنا قلبه عن ذكرنا قلت
سلمنا ان المراد في قوله تعالى قلبه عن ذكرنا هو الذكر بالقلب بدليل السياق ولكن لا نسلم
ان المراد فيما نحن فيه هو الذكر بالقلب لانه تعالى قرن الذكر بكلمة على وهو يدل على ارادة
الذكر باللسان لانه يقال ذكر عليه بلسانه وسمى عليه بلسانه ولا يقال ذكر عليه بقلبه وسمى
عليه بقلبه ولان النهي يقتضي تصور المنهي عنه فلو حملت الاية على الذكر بالقلب باقامة الملة مقام

التسمية لا يكون المنهي عنه متصورا فحملت على الذكر باللسان حتى يكون المنهي عنه متصورا ولا يقال
المراد منه ذبيحة المشرك والمجوسي فيتصور المنهي عنه لانا نقول حرمت ذبايحهم لا باعتبار ترك التسمية
فان المشرك لا يحل ذبيحته وان سمى الله تعالى وبعض اصحابنا تعلقوا بقوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها
صواف فاذا وجبت جنوبها الاية بيانه ان الله تعالى امرنا بالذكر عند النحر ومطلق الامر للوجوب
على ما بيناه في اصول الفقه والواجب لا يخلو اما ان يكون شرطا او ركنا والتسمية ليست بركن بالاجماع
فتعينت ان تكون شرطا فان **قلت** النصوص معارضة لهذا النص منها قوله تعالى كلوا
مما في الارض حلالا طيبا ومنها قوله تعالى الا ما ذكيتم استثنى المذكاة عن المحرمات وهذه مذكاة لان
الذكوة هي الجرح بين اللبة واللحيين ومنها قوله تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي محرما على طاعم يطعمه
بيانه ان الله تعالى امر نبيه عليه السلام ان يخبر انه لا محرم سوى المذكورات في هذه الاية ومتروك
التسمية غير مذكور في هذه الاية فكان حلالا **قلت** اما الجواب عن الاية الاولى فنقول نحن نقول
بموجب ذلك لان الله تعالى امر باكل الحلال لا الحرام ومتروك التسمية عامدا حرام بما تلونا فلا يرد
علينا والجواب عن الاية الثانيه فنقول المراد منه الذكوة الشرعية لا اللغوية ولم تشرع الذكوة بدون
التسمية فلا ترد علينا والجواب عن الاية الثالثة فنقول ليس المراد منه نفي الحرمة عما سوى المذكور
في هذه الاية مطلقا لان لحم الكلب ولحم الحمار والبغل حرام ولم يذكر في هذه الاية بل المراد منه انه لم يجد
محرما مما كانوا يعتقدونه حراما في هذه الاية سوى المذكورات في هذه الآية والدليل عليه ما ذكر قبل
هذه الاية وهو قوله تعالى قل آالذكرين حرم ام الانثيين الى ان قال قل لا اجد فيما اوحي الي
والجواب عن حديث الخصم فنقول المراد منه الناسي والا يلزم معارضة خبر الواحد كلام الله تعالى
فلا يجوز لان شرط المعارضة المساواة ولان النسيان مما جبل عليه الانسان وهو عجز ملازم للانسان
فجعل عفوا في حق الله تعالى اذا كان غالبا اما بطريق الدعوة كما في النسيان في الصوم او بالنظر الى
حال البشر كما في التسمية في الذبيحة واقيم الملة مقام التسمية دفعا للعجز ولم يجعل في غير ذلك عفوا ولا يلحق به ما ليس
في معنى المنصوص عليه ولا يقال يقيس الشافعي رحمه الله العمد على النسيان لانه يلزم من ذلك
معارضة الراي النص فلا يجوز وايضا لا نسلم صحة القياس لعدم المماثلة بين المقيس عليه والمقيس
لان حالة العمد حالة القدرة وحالة النسيان حالة العجز فلا مماثلة بينهما **فان قلت** ذبيحة
اهل الكتاب حلال وان كان متروك التسمية لان ما يعتقدونه الها ليس باله حقيقة فنعلم ان التسمية
ليست بشرط **قلت** انما حل ذبيحة الكتابي لانه وجد ذكر اسم الله تعالى من حيث الصورة لانه يدعي

٧٨

ملة التوحيد فاكتفي بذلك القدر في حق الحل لا ترى انا سمعنا انهم يذكرون اسم عزير
او اسم المسيح عند الذبح نقول بحرمة ذبايحهم ولهذا نقول بحرمة ذبيحة المجوسي لانه لا
يدعي ملة التوحيد **قوله** في الوجهين اي في ترك التسمية عمدا او ناسيا **قوله**
لا فصل فيه اي لا فصل في ظاهر ما ذكرنا من الايه لان قوله مما لم يذكر اسم الله عليه يشتمل
العمد والنسيان جميعا لعدم التقييد باحدهما **قوله** والسمع غير مجرى على ظاهره
اي السمع وهو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ليس المراد منه العموم بظاهره
ولهذا اختلفت الصحابة في متروك التسمية ناسيا ولم يحتج من قال بحرمته بالايه فلو جرت المحاجة
بها لارتفع الخلاف بينهم فيه فظهر انعقاد من قال بحل متروك التسمية ناسيا ورجع عن قوله
وحيث لم تجر المحاجة ولم يرتفع الخلاف علم ان الاية متروكة التسمية ناسيا وترك الظاهر وليس المراد منه
النسيان بل المراد منه العمد **قوله** والاقامة في حق الناسي وهو معذور لا يدل عليها في حق العامد هذا
جواب عن قول الشافعي حيث يقول اقيمت الملة مقام التسمية في حق الناسي فينبغي ان يقام الملة
مقامها ايضا في حق العامد فقال الناسي معذور ولان النسيان من قبل من له الحق فاقام الملة
مقام التسمية فجعله عفوا والعامد ليس بمعذور فلا يقاس على الناسي لانه ليس في معناه **قوله**
وما رواه محمول على حالة النسيان اراد به قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله سمى او لم يسمي **قوله**
ثم التسمية في ذكوة الاختيار يشترط عند الذبح وهو على المذبوح وفي الصيد يشترط عند الارسال والرمي
وهي على الالة اي التسمية في ذكوة الاختيار تقع على الذبيح وفي الصيد تقع على الالة وهي النشاب والكلب
وفائدة هذا تظهر في مسايل ذكرها بعد هذا قال الكرخي في مختصره لو ان رجلا اضجع شاة
ليذبحها وسمى ثم بدا له فارسلها واضجع اخرى فذبحها بتلك التسمية الاولى لم يجزه ذلك ولا يوكل
هذا قد ترك التسمية متعمدا ولو رمى صيدا فسمى فاخطاه واصاب اخر فقتله فلا باس باكله
لان التسمية في الرمي على ارسال النشابة والسهم وليس على الاصابة لو كانت التسمية على الاصابة لا يجزئه
تسمية الارسال ثم قال الكرخي ولو ارسل كلبا او فهدا او بازيا فانما التسمية على الارسال ليس
على اخذ ولا باس باكله وان اخذ غير الذي ارسله عليه والتسمية على الذبيحة على الحز
نفسه ليس على اخذ السكين الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وقال محمد في الاصل ارايت
رجلا اضجع شاة وسمى ثم القى تلك السكين واخذ اخرى فذبح بها هل توكل قال نعم لا باس
وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرحه فرق بين هذا وبينما اذا اخذ سهما وسمى

فوضع ذلك ورفع اخرى ولم يسم فانه لا يحل ووجه الفرق بينهما ان التسمية في ذكوة
الاختيار مشروعة على الذبح لا على الالة والذبح لم يتبدل بما صنع انما تبدلت الالة و التسمية
ما كانت على الالة انما كانت على الذبح فاما في ذكوة الاضطرار فالتسمية شرعت على الالة فان
النبي صلى الله عليه قال لعدي بن حاتم اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان
شارك كلبك كلب اخر فلا تاكل لانك سميت على كلبك و لم تسم على كلب غيرك فقد شرط التسمية
على الالة وهي الكلب واذا ثبت في الكلب ثبت في السهم لان السهم نظير الكلب من حيث انه اله العمل منفصلا عن
صاحبه واذا كانت التسمية مشروعة في ذكوة الاضطرار على الالة والالة قد تبدلت صار
تبدل الالة في ذكوة الاضطرار كتبدل الذبح في ذكوة الاختيار **قوله** ويكره ان يذكر مع اسم
الله شيئا غيره وان يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان بن فلان وصورة المسئلة في الجامع
الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه كان يكره ان يذكر مع اسم الله
شيئا غيره و يكره ان يقول اللهم تقبل من فلان هذه الذبح وقال لا باس به اذا كانت قبل
التسمية وقبل ان يضجع للذبح الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وقال فخر الاسلام البزدوي في
شرح الجامع الصغير هذه المسئلة على اوجه في وجه يحرم وفي وجه يكره وفي وجه لا باس به اما
الذي يحرم فهو ان يذكر مع اسم الله غيره على سبيل العطف والشركة بان يقول باسم الله واسم
فلان او قال باسم الله ومحمد رسول الله او قال باسم الله وفلان لان الله تعالى قال وما اهل به لغير الله وقال ابن مسعود جردوا التسمية
عند الذبح وقال عليه السلام موطنان لا اذكر فيهما عند العاطس وعند الذبح فاذا قال باسم الله
ومحمد رسول الله صارت الذبيحة ميتة لما قلنا واما الذي يكره بان يكون غير اسم الله تعالى
مقرونا به في الظاهر من غير عطف ولا شركة فيكره ولا يحرم لان الشركة لم يوجد فلم يكن الذبح
واقعا له كما لو قال باسم الله محمد رسول الله و يكره لوجود الوصل صورة والقران ظاهرا وذلك
منصور بصورة الحرام فوجب ان يكره واما الذي لا باس به ان يكون منفصلا عنه صورة ومعنى
قبله او بعده لان النبي صلى الله عليه كان يقول اللهم تقبل هذه عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية
ولي بالبلاغ وهذا الثالث من الخواص وقال شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهر زاده روي
ان النبي صلى الله عليه ضحى بكبشين املحين احدهما عن نفسه والاخر عن امته ووجههما
نحو القبلة عند الذبح وقال وجهت وجهي للذي فطر السموات والارض حنيفا وما انا
من المشركين قل ان صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك امرت وانا اول

ثم ذبح وقال باسم الله والله اكبر والنبي صلى الله عليه قدم هذه الاشياء على الذبح فدل ان
التقديم على الذبح والتاخير عن الذبح لا باس به وانما يكره ان يتكلم به في حالة الذبح بان يقول
باسم الله والله اكبر اللهم تقبل مني او من فلان لان فيه اتمام الاهلال بغير الله وان
لم يكن اهلالا لا بغير الله من حيث الحقيقة كذا في شرح خواهر زاده وقال الكرخي
في مختصره قلت ارايت رجلا اضجع شاة ليذبحها وسمى عليها فكلمه انسان او استسقى ماء فشرب
او احد السكين قليلا ولم يكثر ثم ذبح على تلك التسمية هل يؤكل قال نعم لا باس به قلت ارايت
ان يحدث واطال الحديث واخذ في عمل سوى ذلك ثم ذبح هل تؤكل قال لا اما هذا
فاكرهه وفي الفتاوى لو قال باسم الله محمد رسول الله بالخفض لا يحل وبالرفع يحل ولم
يذكر النصب وفي روضة الزندويستي النصب كالخفض لا يحل ولو قال باسم الله صلى الله على محمد
يحل والاولى ان لا يفعل ولو قال باسم الله وصلى الله على محمد مع الواو يحل اكله ولو قال باسم الله
وباسم فلان لا يحل هو المختار ولو ذبح ولم يظهر الهاء في اسم الله ان قصد ذكر الله يحل وان لم
يقصد وقصد ترك الهاء لا يحل كذا في خلاصة الفتاوى وقال في النوازل سئل ابو نصر عن
رجل ذبح وقال بسم الله وباسم فلان قال سمعت محمد بن سلمة قال سمعت ابرهيم بن يوسف يقول
يصير ميتة وقال محمد بن سلمة لا يصير ميتة لانه لو صار ميتة صار الرجل كافرا **قوله**
ولو قال الحمد لله او سبحان الله يريد التسمية حل قال محمد في الاصل ارايت ان ذبح فقال
الحمد لله على ذبيحته ولم يزد على ذلك او قال الله اكبر او سبحان الله قال ان كان يريد بذلك
التسمية فانه يؤكل وان كان لا يريد بذلك التسمية فانه لا يؤكل قال شيخ الاسلام خواهر زاده
في شرحه وهذا لان هذه الالفاظ ليس بصريح في باب التسمية والصريح في باب التسمية اسم الله
واذا لم يكن هذه الالفاظ صريحا في الباب كان كناية والكناية انما تقوم مقام الصريح بالنية في
كنايات الطلاق ان نوى الطلاق كان طلاقا والا فلا فكذا هذا وقال الكرخي في مختصره وقال
بشر عن ابي يوسف لو ان رجلا سمى على الذبيحة او الرمية بالفارسية وهو يحسن العربية او لا
يحسنها اجزاه ذلك من التسمية ثم قال فيه والتهليل والتحميد والتكبير والتسبيح بمنزلة
التسمية للجاهل بالسنة والعالم بها الى هنا لفظ الكرخي وذلك لان المامور به ذكر اسم
الله على وجه التعظيم وهذا موجود في جميع هذه الالفاظ وهذا ظاهر على اصل ابي حنيفة
ومحمد في تكبير الصلوة فاما على قول ابي يوسف فلا يجوز الدخول في الصلوة الا بالتكبير

لقوله عليه السلام في حديث الاعرابي ثم يكبر وقال في الذكوة اذا ارسلت كلبك وذكرت
اسم الله عليه فكل فطهر الفرق **قوله** ولو عطس فقال الحمد لله لا يحل في اصح الروايتين
وذلك لانه قال والاصل اذا قال الحمد لله يريد به التسمية اكل وان لم يرد التسمية فلا
والعطس لم يرد التسمية على الذبيح بل اراد الحمد على نعم الله تعالى فعلى رواية الكرخي ينبغي
ان يحل لانه قال التحميد بمنزلة التسمية مطلقا وقد مر قبل هذا **قوله** وما تداولته الالسن
عند الذبح وهو قوله باسم الله والله اكبر يعني بالواو لان الواو يقطع فور التسمية وفيه
نظر **قوله** قال والذبح بين الحلق واللبة اي قال القدوري في مختصره قال
الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره وما اباحه الله عز وجل من الانعام وغيرهما من
الصيد فانما اباحه مذكى مذكورا اسم الله عليه وجملة هذا ما ذكره القدوري في شرحه
ان الحيوان المشروط فيه الذكوة على ضربين مقدور على ذبحه وغير مقدور على ذبحه
فما كان مقدورا فذكوته العقر في اي مكان حصل منه وسواء كان من الوحش والانعام والاصل
في الاباحة الذكوة واما اعتبار التسمية فلان الذكوة في الشرع وردت مشروطة بالتسمية
قال تعالى فكلوا مما امسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه ثم قال الكرخي في مختصره والذكوة
في اللبة وما فوق ذلك الى اللحيين وقال محمد في الجامع الصغير لا باس بالذبح في الحلق كله
اسفل الحلق او وسطه او اعلاه فاذا كانت الذكوة في هذا الموضع الذي وصفنا مقدورا عليها
وهي فري الاوداج اربعة الحلقوم والمري والعرقان اللذان بينهما الحلقوم والمري فاذا
افرى المذكي ذلك اجمع فقد اكمل الذكوة واصاب الذكوة المامور بها على تمامها وسنتها فان قصر
عن ذلك ففرى من هذه الاربعة ثلثة فان بشر بن الوليد روى عن ابي يوسف ان ابا حنيفة
قال اذا قطع اكثر الاوداج اكل اذا قطع ثلثة منها اكل من اي جانب كان وعلى اي وجه كان ولذلك
قال ابو يوسف ثم قال بعد ذلك لا تاكل حتى تقطع الحلقوم والمري واحد العرقين وذلك
كله سواء في الابل والبقر والغنم والصيد وكل ذبيحة قال وكذلك الناقة ينحرها الرجل
فهي كذلك في القولين جميعا في قول ابي حنيفة اذا قطع اكثر الاوداج اكل وفي قول ابي يوسف
حتى يقطع الحلقوم والمري واحد الودجين الى هنا لفظ الكرخي في مختصره ولم يذكر
قول محمد وذكر القدوري في مختصره قول محمد كقول ابي يوسف وقال الناطفي
في الاجناس واما محمد فقد ذكر في املائه رواية ابي سليمان الجرجاني قال

محمد لو قطع الحلقوم والمري واحد الودجين ونصف الاخر اكل لان الودجين كانهما
شيء واحد فقد قطع الاكثر منهما فاكل وقال محمد في نوادر ابن رستم لو قطع من
الحلقوم اكثره ومن المري اكثره ومن كل واحد من الودجين اكثره اكل
واما ابو يوسف فقال اخيرا لا يوكل حتى يقطع الحلقوم والمري واحد الودجين
الى هنا لفظ الاجناس والحاصل ان عند ابي حنيفة اذا قطع ثلثا منها اي ثلاث
كان حل وعن ابي يوسف ثلث روايات احداها هذه والثانية اشترط قطع الحلقوم
مع اخرين والثالثة اشترط قطع الحلقوم والمري واحد الودجين وعند محمد لا بد
من قطع اكثر كل واحد من هذه الاربع كذا في المختلف هذا مذهب علمائنا وعند مالك
المعتبر قطع ثلثة اعضاء وهي الودجان والحلقوم وليس يراعي قطع المري كذا في
التفريع وشيخ الاسلام خواهرزاده اشترط في شرح المبسوط على مذهب مالك
قطع الاربع جميعا حتى اذا انتقص واحد منها لم يحل ويحتمل ان يكون عن مالك روايتان و
قال الشافعي يعتبر قطع الحلقوم والمري دون العرقين كذا في وجيزهم اما اعتبار
الذكوة فيما بين اللبة واللحيين وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير
يروى هذا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعن سعيد بن المسيب ويروى مرفوعا
الى النبي صلى الله عليه وسلم اي موضع الذكوة ما بينهما واللبة راس الصدر واللحيان
الذقن واما بيان الاختلاف فوجه قول من اشترط للحل قطع الاربع قوله عليه السلام
ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل علق الاباحة بقطع الاوداج وانه اسم جمع فيطلق بنص
الى الثلاث والثلاث الودجان والمري فصارت الاباحة متعلقة بهذه الاشياء الا
ان قطع الحلقوم يثبت اقتضاء لانه لا يتهيأ قطع الاوداج من غير حرج بدون قطع الحلقوم
والثابت اقتضاء كالثابت نصا فصار كان النبي صلى الله عليه وسلم نص على قطع الحلقوم
ونوع من المعقول يدل على هذا وهو ان المقصود من ازالة الروح بالذبح تسييل الدم
المسفوح الذي هو النجس على سبيل التوحية لان في الابطاء زيادة تعذيب الحيوان
وهذا المقصود على التمام انما يحصل بقطع هذه الاشياء الاربعة ووجه من اكتفى
بالحلقوم والمري ان قطع هذه الاشياء الاربعة ما شرع لعينها حتى يجب استيفاء
الجميع وانما المقصود تسييل الدم المسفوح على سبيل التوحية كما مر وهذا المقصود

يحصل بقطع الحلقوم والمريء فان المذبوح لا يحيى بعد قطعهما ويخرج الدم المسفوح
ايضا على سبيل التوحية فقاما مقام الكل كما لو استنجى بحجر له ثلثة احرف
فانه يجوز وان نص على العدد لان المقصود من العدد وهو تقليل النجاسة يحصل
بذلك ووجه قول محمد ان كل واحد من هذه الاشياء الاربعة مقصود بنفسه اما
قطع الودجين فلما في قطعهما من تسييل الدم المسفوح لانهما مجرى الدم وقطع الحلقوم
والمريء مقصود لما فيه من التوحية في ازالة الروح وفي الابطاء زيادة تعذيب وقد قال
عليه السلام اذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته و
الاباحة في التوحية فما لم يوجد قطع الكل والاكثر لا يوجد المقصود فلا يثبت الحل ولابي
يوسف على الرواية الثانية ان الحلقوم اعظمها فكان اصلا فلا بد منه وعلى الرواية الثالثة ان الحلقوم
والمريء متغايران اسما وحكما فاحدهما مجرى الطعام والشراب والاخر مجرى النفس فلا يحصل المقصود
من قطع احدهما بقطع الاخر فوجب قطعهما وما هو المقصود من قطع الودجين يحصل باحدهما لان المقصود
تسييل الدم المسفوح لانه مجرى الدم فاكتفى باحدهما ولابي حنيفة ان تعلق الاباحة بقطع الاشياء
الاربعة ما شرع لعينها بل شرع لغيرها وهو ازالة الروح وتسييل الدم المسفوح على سبيل التوحية
وهذا المقصود لا يحصل بقطع الحلقوم والمريء على ما قال الشافعي لانه ان حصل ازالة الروح على سبيل التوحية
لا يحصل ازالة الدم المسفوح الا بقطع الودجين او احدهما لانهما مجرى الدم فلا بد من قطعهما او من قطع
احدهما وقطع المريء والحلقوم لان ما هو المقصود من قطعهما يحصل بقطع احدهما وهو التوحية لان
مجرى النفس اذا انقطع او انقطع مجرى الطعام والشراب يموت الحيوان من ساعته فقام الثلاث
من الاربع في تحصيل ما هو المقصود من قطع الاربع مقام الكل **قوله** وان قطع اكثرها فكذلك
عند ابي حنيفة وقالا لا بد من قطع الحلقوم والمريء واحد الودجين هذا لفظ القدوري في مختصره
قوله انهار الدم اي اسالة وفسر صاحب الهداية الحلقوم بمجرى العلف والمريء بمجرى
النفس وهكذا فسر شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وقال المريء عرق احمر وهو مجرى
النفس وقال في تفسير سورة الاحزاب الحلقوم مدخل الطعام والشراب وفسر القدوري بخلاف
ذلك في شرح مختصر الكرخي فقال الحلقوم مجرى النفس والمريء مجرى الطعام والودجان مجرى الدم
وهو الاصح يؤيده قوله تعالى فلولا اذا بلغت الحلقوم وقال في ديوان الادب المريء الذي
يدخل فيه الطعام والشراب وقال في المغرب المريء مجرى الطعام والشراب وقال في الجمهرة

مريء وغيره مجرى الطعام الى جوفه **قوله** والتوحية هي بالحاء المهملة تفعلة من وحاه
اذ اعجله **قوله** بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق يتعلق بقوله يكتفي به يعني اذا
قطع نصف الاربعة لا يكتفى به فلا يحل لانه لما كان الرجحان بالتحريم جعل بقاء النصف الثاني كبقاء
الاكثر وهذا لان الاباحة لما تعلقت بقطع الاكثر لم يوجد ذلك بقطع نصف الاوداج وذكر في
فوائد الرستغفني رحمه الله انه سئل عن ذبح الشاة فبقيت عقدة الحلقوم مما يلي الصدر ايؤكل ام
لا قال هذا قول العوام من الناس وليس هذا بمعتبر ويجوز اكلها سواء بقيت العقدة مما يلي
الرأس او مما يلي الصدر وانما المعتبر عندنا قطع اكثر الاوداج وهذا صحيح لانه لا اعتبار لكون
العقدة من فوق او من تحت الا ترى الى قول محمد بن الحسن في الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الحلق
كله اسفل الحلق او وسطه او اعلاه فاذا ذبح في الاعلى لا بد ان يبقى العقدة من تحت ولم يلتفت الى
العقدة لا في كلام الله ولا في كلام رسوله بل الذكوة بين اللبة واللحيين بالحديث وقد حصلت كيف
ما بقيت العقدة لا سيما على مذهب ابي حنيفة رضي الله عنه فانه يكتفى بالثلاث من الاربع اي ثلاث
كانت ويجوز ترك الحلقوم اصلا فبالطريق الاولى ان يحل الذبيح اذا قطع الحلقوم من اعلاه و
بقيت العقدة الى اسفل الحلقوم وسمعت ان واحدا ممن يتسمى فقيها في زعم العوام وقد كان
مشتهرا بينهم امر بر مي الذبيح الى الكلاب حيث بقيت العقدة الى الصدر لا الى ما يلي الرأس
فيا ليت شعري من اين اخذ هذا من كتاب الله تعالى ولا اثر له فيه او من حديث رسول الله
صلى الله عليه ولم يسمع له فيه بناء او من اجماع الامة ولم يقل به احد من الصحابة والتابعين او من
امامه الذي هو ابو حنيفة ولم ينقل عنه ذلك اصلا بل المنقول عنه وعن اصحابه ما ذكرناه او ارتكب
الرجل هواه فضل واضل قال تعالى ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله واستحيى عن الرجوع
من الباطل الى الحق وخجل عن العوام كيلا يفسد اعتقادهم فيه اذا عمل بخلاف ما افتى اولا
فالرجوع الى الحق خير من التمادي في الباطل **قوله** قال ولا يجوز الذبح بالظفر والقرن
والسن اذا كان منزوعا اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي
حنيفة رضي الله عنه في الرجل يذبح الشاة بظفر منزوع او بقرن او عظم او سن منزوعة
فينهر الدم ويفري الاوداج قال اكره هذا الذبح وان فعل فلا بأس باكله الى هنا لفظ اصل
الجامع الصغير وهذا عندنا وعند الشافعي لا يحل الذبيح بالظفر والسن وان كانا منزوعين
لما روي في الصحيح البخاري مسندا الى عباية بن رافع عن جده انه قال يا رسول الله

ليس لنا مدى قال ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه ليس الظفر والسن اما الظفر فمدى الحبشة
واما السن فعظم بيانه ان النبي صلى الله عليه استثنى الظفر والسن من الالات التى يقع بها
الجرح ولم يفصل بين القايم والمنزوع فلم يجز الذبح بهما مطلقا ولان القايم لا يجوز الذبح به فكذا
غير القايم بل اولى لان القائم اقدر في تحصيل القطع من المنزوع فاذا لم يحل بالقايم فبغيره
اولى ولنا ما روى البخاري ايضا وقال حدثنا محمد بن ابى بكر المقدمي قال حدثنا معتمر
عن عبيد الله عن نافع قال سمعت ابن كعب بن مالك يخبر ابن عمر ان اباه اخبره ان جارية لهم كانت
ترعى بسلع فابصرت شاة من غنمها موتها فكسرت حجرا فذبحتها فقال لاهله لا تاكلوا حتى اتى النبي
صلى الله عليه وسلم فاسأله حتى ارسل اليه من يسأله فاتى النبي عم او بعث اليه فامر النبي صلى الله عليه وسلم باكلها
وجه الاستدلال بالحديث ان الاصل في النصوص التعليل والحجر صلح آلة لكونه مدى الحبشة وهو
حديث الخصم وفي السنن وشرح الاثار مسندا الى عدي بن حاتم قال قلت يا رسول الله ارسل
كلبي فاخذ الصيد فلا يكون معي ما اذكيه الا المروة والعصا وفي رواية وشقة العصا فقال
انهر الدم بما شئت واذكر اسم الله عز وجل وهذا يدل على ان كل آلة جارحة
يحصل بها الذبح يحل بها الذبيح لان الظفر المنزوع والسن المنزوع مما ينهر الدم فيحل الذبح
بهما قياسا على الذبح بالشفرة الكليلة او الليطة او المروة لوجود المعنى الجامع وهو الالة
الجارحة بخلاف الظفر القايم والسن القائمة حيث لا يحل الذبح بهما لان عين المنزوع يوجب
الموت بالقوة والثقل مع الحرة فيصير الذبيح في معنى المنخنقة وانما كره الذبح بالمنزوع
لما فيه استعمال شيء من الآدمي فكره كالوصل بشعر الادمي والانتفاع بالعذرة وهذا لا ياتي
في القرن فوجه اخر وهو انه اضرار بالحيوان المذبوح واعسار عليه لضعف الآلة
فيؤدي الى زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة فيحل ويكره كالذبح بشفرة كليلة وهذا
يشمل الفصول كلها والجواب عن حديث الخصم فنقول اوله دليل
لنا واخره يحمل على القايم توفيقا بين حديثنا وحديثه وفي ذلك الحديث دليل على ما قلنا
ايضا بدليل قوله عليه السلام اما الظفر فمدى الحبشة لانهم لا يقلمون الاظفار ويحدون
الاسنان ويقاتلون بالخدش والعض يقال انهر الدم اي سيله واجرى الاوداج اي
قطعها والمدى جمع مدية وهي السكين قوله قال ويجوز الذبح بالليطة
والمروة وكل شيء انهر الدم الا السن القايم والظفر القايم اي قال القدوري

في مختصره والاصل فيه ما روي في السنن مسندا الى عدي بن حاتم قال قلت يا رسول
الله ارايت ان احدنا اصاب صيدا وليس معه سكين ايذبح بالمروة وشقة العصا فقال
انهر الدم بما شئت واذكر اسم الله واما السن القايمة او الظفر القايم فلا يحل
الذبح بهما لانه يصير في معنى المنخنقة وقد مر آنفا قالوا في شروح الجامع الصغير نص
محمد في مسئلة السن التي هي غير منزوعة على انها ميتة لانه وجد ثمة نصا عن
النبي صلى الله عليه وسلم فاطلق جوابها وهذه طريقة محمد في المنصوص عليه بالتحريم
او التحليل انه يثبت القول وفي غير المنصوص يقول في الحل لا باس به وفي الحرمة
اكره او لم يؤكل وكل كراهة فهو تحريم كذلك وروي عن محمد وليطة القصب قشره
والمروة الحجر قوله قال ويستحب ان يحد الذابح شفرته اي قال القدوري
وهذا لما روى صاحب السنن باسناده الى شداد بن اوس رضي الله عنه عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال ان الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا
ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته والشفرة السكين العظيم
وشفرة السيف حده قوله ويكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة ذكره تفريعا على مسئلة المختصر
قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا اراد الرجل ان يذبح الذبيحة كره له ان يجرها
برجلها الى المذبح وان يضجعها ثم يحد الشفرة الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان الجر زيادة
الم لا يحتاج اليه في الذكوة وانما كره احداد الشفرة بعد الاضجاع لما روي ان رسول الله صلى الله عليه
رأى رجلا قد اضجع شاة وهو يحد الشفرة فقال لقد اردت ان تميتها ميتات الا حددت ذلك
قبل ان يضجعها وروي ان عمر رضي الله عنه راى رجلا قد اضجع شاة وترك رجله في صفحة وجهها
وهو يحد الشفرة فضربه بالدرة وهرب الرجل وشردت الشاة فقال عمر الا حددتها قبل ان تضجع
رجلك موضع وضعتها ولان البهائم تحس بما يجرح منه فاذا احد الشفرة وقد اضجعها فقد زاد
في المها وذلك لا يجوز كذا في شرح القدوري لمختصر الكرخي قوله قال ومن بلغ بالسكين النخاع
او قطع الراس كره له ذلك ويوكل ذبيحته اي قال القدوري في مختصره وقال الكرخي في مختصره ويكره اذا
ذبحها ان يبلغ النخاع وهو العرق الابيض الذي يكون في عظم الرقبة ويكره له ايضا بعد الذبح ان
ينخعها قبل ان تبرد فيحز حتى يبلغ النخاع ويكره له ان يحز في العظم ويكره له ان يسلخ الشاة قبل ان
تبرد وان سلخ او نخع فلا باس بذلك وهذا كله لا يحرم الذبيحة الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله واصله

ما روي محمد بن الحسن في كتاب الصيد من الاصل عن سعيد بن المسيب قال نهى رسول
الله صلى الله عليه وسلم ان ينخع الشاة اذا ذبحت وعن ابن عمر انه كان يكره ان ينخع الشاة في
الذبيحة ولان فيه تعذيب الحيوان بلا فائدة فيكره لانه منهي عنه قال شيخ الاسلام ابو بكر المعروف
بخواهر زاده في شرح المبسوط اختلفوا في تفسير النخع قال بعضهم ان يبالغ في الذبح حتى ينتهي السكين
الى النخاع وهو عرق في القفاء وقال بعضهم النخع ان يمد رأسه حتى يظهر حلقه ومذبحه وقال بعضهم
ان يكسر عنقه قبل ان تسكن من الاضطراب واي ذلك كان يكون مكروها لما فيه من زيادة تعذيب الحيوان
بلا فائدة قال خواهر زاده وعن مكحول انه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا ذبح لم ينخع ولم يسلخ
حتى تبرد الشاة اي تسكن من اضطرابها الا برودة اللحم فانها لا تبرد الا بعد السلخ وكذا يكره الذبح
لغير القبلة قال في الاصل ارايت الرجل يذبح ويسمي ويوجه ذبيحته لغير القبلة ساهيا او عمدا
قال لا باس باكلها فقال خواهر زاده في شرح المبسوط اما الحل فلان الاباحة شرعا تتعلق
بقطع الاوداج والتسمية وقد وجد وتوجيه القبلة سنة موكدة لانه توارثه الناس وترك
السنة لا يوجب الحرمة ولكن يكره تركه من غير عذر وقال محمد بن الحسن في كتاب الاثار
اخبرنا عبد الرحمن بن عمرو الاوزاعي وعن واصل بن ابي جميل عن مجاهد قال كره رسول الله
صلى الله عليه وسلم من الشاة سبعا المرارة والمثانة والغدة والحيا والذكر والانثيين والدم قال
في تحفة الفقهاء ثم ابو حنيفة فسرها وقال الدم حرام بالنص القاطع وباقي السبعة مكروه لانه
مما يستخبثه الانفس واراد به الدم المسفوح فاما دم الكبد والطحال ودم اللحم فليس بحرام قوله
قال فان ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل اي قال القدوري في مختصره
قال الكرخي في مختصره وقال ابو حنيفة ان ضرب عنق جزور بسيفه فابانها وسمى فان كان ضربها
من قبل الحلقوم فانه يوكل وقد اساء وان كان قد ضربها من قبل الظهر فان كان قطع الحلقوم والاوداج
قبل ان يموت اكل وقد اساء وكذلك هذا في الشاة وكل ذبيحة وقال ابو حنيفة ان قطع راس
الشاة في الذبيحة اكل وان تعمد ذلك فقد اساء في التعمد وكذلك قال ابو يوسف الى هنا لفظ الكرخي
وذلك لانه اذا ضربها من قبل الحلقوم فقد قطع العروق المشروطة في الذكوة وزاد في
الضرب زيادة لا يحتاج في الذكوة فيكره ذلك ولا يمنع الاكل كما لو جرحها ثانيا اما اذا
ضربها من وراء ظهرها فاذا هي ماتت قبل قطع العروق لم توكل لانها ماتت قبل الذكوة
فان قطع العروق قبل موتها فقد فعل الشرط الا انه زاد في الالم وذلك مكروه قال

بلغ

شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي رحمه الله في شرح الكافي قال الفقيه ابو بكر الاعمش
وهذا انما يستقيم ان لو كانت تعيش قبل قطع العروق اكثر مما يعيش المذبوح حتى يحل بقطع العروق
ليكون الموت مضافا اليه اما اذا كانت لا يعيش الا كما يعيش المذبوح فانه لا يحل لانه تحصل
الموت مضافا الى الفعل السابق فلا يحل قوله ويكره لفظ القدوري قوله فان
ماتت قبل قطع العروق لم توكل هذا لفظ القدوري ايضا وقد مر بياننا قوله قال
وما استانس من الصيد فذكوته الذبح وما توحش من النعم فذكوته العقر والجرح اي قال
القدوري في مختصره وذلك لان الصيد انما اكتفي فيه بذكوة الاضطرار لعدم القدرة على ذلك
دفعا للحرج فاذا استانس صار كالشاة فلم يحل الا بذكوة الاختيار وهو الذكوة بين اللبة
واللحيين واما الاهلي اذا توحش فذكوته ذكوة الاضطرار سواء كان بعيرا او بقرا او شاة
وبذلك صرح الكرخي في مختصره فقال وكل بعير او بقرة او شاة ندت حتى يكون بمنزلة الصيد
لا يقدر عليها صاحبها فان ذكوتها ذكوة الصيد وما وقع منها في قليب فلم يقدر على اخراجه
ولا مذبحه ولا منحره فان ذكوته هذا ذكوة الصيد هذا ما اجتمع عليه اصحابنا واحسن ما سمعنا
فيه الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وهذا مذهبنا وعند مالك لا يحل الاهلي المتوحش بذكوة
الاضطرار ولا يحل ايضا بذكوة الاضطرار ما وقع من الاهلي في البئر كذا نقل شيخ الاسلام
خواهر زاده في شرح المبسوط مذهب مالك رحمه الله لان ناضحا وقع في بئر فسئل سعيد بن
المسيب ايتحر من موخره وكان راسه اسفل فقال لا الا في منحره ابرهيم صلوات الله عليه ولان
التوحش في الانسي نادر لان الاصل فيه الالف ولا عبرة بالنادر الا ترى ان من عدم الماء والتراب
الطاهر جميعا لا يحل له الصلوة بغير طهارة لندرة ذلك فكذا هذا ولنا ما روى محمد بن الحسن رحمه الله
في اوائل كتاب الصيد من الاصل وفي كتاب الاثار ايضا قال اخبرنا ابو حنيفة قال حدثنا سعيد
بن مسروق عن عباية بن رفاعة عن النبي صلى الله عليه وسلم ان بعيرا من ابل الصدقة ند فطلبوه فلما
اعياهم ان ياخذوه رماه رجل بسهم فاصاب مقتله فقتله فسئل النبي عن اكله فقال ان لها
اوابد كاوابد الوحش فاذا احسستم منها شيئا من هذا فاصنعوا به كما صنعتم بهذا ثم كلوه وحدث
البخاري هذا الحديث في جامعه الصحيح باسناده الى عباية بن رفاعة بن رافع بن خديج عن رافع بن
خديج عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال محمد بن الحسن في كتاب الاصل وفي كتاب الاثار
ايضا اخبرنا ابو حنيفة عن سعيد بن مسروق عن عباية بن رفاعة عن ابن عمر ان بعيرا تردى

في بئر بالمدينة فلم يقدر على منحره فوجئ بسكين من قبل خاصرته حتى مات فاخذ منه ابن عمر عشيرا بدرهمين وقال محمد ايضا اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم في بعير يتردى في بئر قال اذا لم يقدر على منحره بحيث ما وجأت فهو منحره قال محمد وبه ناخذ وهو قول ابي حنيفة وقال في الصحيح البخاري ما ند من البهائم فهو بمنزلة الوحش واجازه ابن مسعود وقال ابن عباس ما اعجزك من البهائم مما في يديك فهو كالصيد وفي بعير تردى في بئر من حيث قدرت وراى ذلك علي وعمر وعائشة الى هنا لفظ الصحيح البخاري ولانه حيوان وقع العجز عن تحليله بذكوة الاختيار فيحل بذكوة الاضطرار وقوله ان التوحش نادر في الانسي فلا نسلم ذلك بل التوحش يوجد منه في الغالب فلا بد من اعتباره الا ترى الى قول النبي صلى الله عليه ان لها اوابد كاوابد الوحش يعني ان لها توحشا كتوحش الوحش فقد اعتبر التوحش والوابد الوحش بقوله من ابدت تابد تابدا ابو داود كذا في الفائق وتمسك الخصم بقول ابن المسيب بعيد جدا مع صحة الرواية عن النبي صلعم وعمن هو اكبر من المسيب كعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر وعائشة رضي الله عنهم وقال خواهر زاده في شرحه قد اختلفوا في تفسير العشير قال بعضهم هو العشر لان العشر والعشير سواء كالنصف والنصيف وقال بعضهم العشير الامعاء والذي نقله خواهر زاده من التفسير الثاني ما صح عندي وما وجدته في كتب اللغة وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في باب ما يستوحش من غير الصيد ثم الابل والبقر اذا وجد منهما التوحش فانهما يحلان بذكوة الاضطرار سواء كانا في المصر او خارج المصر ويحل وذلك لان الابل والبقر وان ندت في المصر فقد لا يقدر على ذكوة الاختيار منهما لان الابل تدفع عن نفسها بمشفرها وبانيابها والبقر بقرنه ويخاف القتل منهما فيقع العجز عن ذكوة الاختيار خارج المصر لانه لا يمكن اخذها واما في المصر فانه يمكن اخذها ولا يخاف من جهتها القتل فلا يتحقق العجز عن ذكوة الاختيار وقال في العيون قال محمد في رجل ادرك حمامة اهلية في الصحراء وسمى فلا يؤكل لانه تاوي الى المنزل الا ان تكون حمامة لا تهتدي الى منزلها ابن سماعة عن ابي يوسف في البعير او الثور ند فلا يقدر على اخذه قال ان علم انه لا يقدر على اخذه الا ان يجتمع له جماعة يسيرة فله ان يرميه واما الشاة فلا يجوز اذا كانت في المصر لان البعير يند ويصول ويمتنع والثور ينطح فيمتنع كذا في العيون وقال في الاصل ارايت ان اصاب قرن البقر او الظلف فقتلها هل يؤكل قال ان ادمى حل وان لم يدم لا يحل وذلك لانه متى ادمى علمنا ان الجرح وصل الى اللحم وشرط الاباحة حصول الجرح في اللحم وقد وجد فاما اذا لم تدم فانجراحه لم يتصل الى اللحم فلا يحل وهذا لان الذكوة

تصرف في الحيوة فمتى خلص الجرح الى موضع فيه حيوة حل والا فلا كذا في شرح خواهر زاده قوله على ما مر اشارته الى ما ذكر في اول الذبائح وهو قوله والثاني كالبدل من الاول قوله تردى اي سقط قوله في الوجهين اي في المتوحش والمتردي قوله وفي الكتاب اراد به مختصر القدوري قوله ندت اي نفرت قوله والصيال كالند قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وحكى في المنتقى في البعير اذا صال على انسان فقتله وهو يريد الذكوة حل اكله اذا كان لا يقدر على اخذه وضمن قيمته فجعل الصول بمنزلة الند قوله والمستحب في الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبح فان نحرهما جاز ويكره اي قال القدوري في مختصره وقال في شرح الاقطع وعن مالك اذا ذبح البدن لم يؤكل وكذلك نقل مذهبه صاحب الهداية ويحتمل ان يكون عنه روايتان لانه قال ابو القاسم بن الجلاب البصري المالكي في كتاب التفريع والاختيار ذبح البقر والغنم ونحر الابل فان ذبح بعيرا من ضرورة فلا باس باكله وان كان من غير ضرورة كره اكله ومن نحر شاة من ضرورة اكلت وان كان من غير ضرورة كره اكلها ومن نحر بقرة من ضرورة او من غير ضرورة فلا باس بها الى هنا لفظ التفريع والاصل في ذلك قوله تعالى فصل لربك وانحر قال في الكشاف والنحر نحر البدن وعن عطية هي صلاة الفجر بجمع والنحر بمنى وقيل صلاة العيد والتضحية وقيل هي جنس الصلوة والنحر وضع اليمين على الشمال كذا في الكشاف وقال في الغنم وفديناه بذبح عظيم وقال ان الله يامركم ان تذبحوا بقرة وذبح النبي صلى الله عليه البقر والغنم ونحر الابل ولان المعتبر في الذكوة الاسهل على الحيوان لما روى شداد بن اوس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته والاسهل في الابل النحر لان اللبة منها ليس عليها لحم وما سواها من حلقها عليه لحم كثيف والبقر والغنم حلقها على حد واحد فلذلك لم ينحرا واما وجه الكراهة فانه زيادة في المه لا يحتاج اليها في الذكوة كما لو جرحها في موضع اخر كذا في شرح الاقطع قوله وهي لمعنى في غيره اي الكراهة في معنى لغير الذبح والنحر وهي مخالفة السنة لا لذات ذبح ما ينحر ونحر ما يذبح فاذا كانت الكراهة لمعنى في غير المنهي عنه لا تنافي الجواز قوله قال ومن نحر ناقة او ذبح بقرة او شاة فوجد في بطنها جنينا ميتا اشعر او لم يشعر اي قال القدوري في مختصره

قال الفقيه ابو الليث في كتاب العيون ولو ان شاة ذبحت فخرج من بطنها ولد ميت
فان ذكوة الشاة لا تكون ذكوة الجنين في قول ابي حنيفة وزفر والحسن وقال
ابو يوسف اذا خرج ميتا فذكوته ذكوة الام وان خرج حيا وبقي مقدار ما يقدر على ذبحه
لا اكل وان لم يبق مقدار ما يذبح فانه يؤكل وروى هشام عن محمد ايضا قال ذكوة
الجنين ذكوة امه اذا تم خلقه واذا لم يتم خلقه فانه لا يؤكل وقال شيخ الاسلام
المعروف بخواهرزاده في اخر شرح كتاب الاضاحي قال ابو حنيفة وزفر الجنين لا يتذكى
بذكوة الام وروي عن ابي يوسف ومحمد في غير رواية الاصول ان ذكوة الجنين ذكوة
امه اذا تم خلقه وصورة المسئلة ان الشاة او الناقة او البقرة اذا ذبحت وخرج من بطنها
جنين ميت او حي الا انه مات قبل التمكن من ذبحه فانه لا يحل اكله في قول ابي حنيفة وزفر
ويحل في قولهم جميعا الى هنا لفظ خواهرزاده وذكر ابو القاسم بن الجلاب البصري
المالكي في التفريع واذا ذبحت الذبيحة فوجد في جوفها جنين ميت فلا بأس باكله اذا
تم خلقه ونبت شعره فاذا لم يتم خلقه ولم ينبت شعره لم يجز اكله فان انفصل منها حيا او
استهل صارخا انفرد بحكم نفسه ولم يجز اكله بذكوة امه فان ذكي جاز اكله وان مات قبل ذكوته
لم يجز اكله الى هنا لفظ التفريع وقال الخرقي الحنبلي وذكوة امها ذكوة جنينها اشعر
او لم يشعر وجه قولهم ما روي مسندا الى ابي سعيد الخدري رضي الله عنه قال قلنا يا رسول الله
ننحر الناقة ونذبح البقرة او الشاة فنجد في بطنها الجنين انلقيه ام ناكله قال كلوه ان شئتم
فان ذكوته ذكاة امه وروي في السنن مسندا الى جابر بن عبد الله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال ذكوة الجنين ذكوة امه ولان الجنين جزء من الام من وجه نظرا الى الخلقة او الحكم
اما الخلقة فباعتبار انه متصل بالام ولهذا ينفصل عن امه بقطع سرته بالمقراض ويتغذى بغذاء
الام ويتنفس بنفسها واما الحكم فباعتبار انه يدخل في البيع الوارد على الام ويعتق اذا اعتق الام
فاذا كان جزءا للام كان ذكوة الام ذكوة له واكتفي بذلك لعدم القدرة على ذكوة الاختيار
اكتفي بذكوة الاضطرار وهي الجرح في اي موضع كان فكذا هنا اكتفي بذكوة الام وهي ذكوة
في حق الجنين من وجه بالنظر الى كونه جزءا ولابي حنيفة ما روى محمد في كتاب الاثار
وقال اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابرهيم قال لا تكون ذكوة نفس ذكاة
نفسين يعني الجنين اذا ذبحت امه لم يؤكل حتى يدرك ذكوته ولان الجنين

لا يخلو اما ان يكون من جنس الحيوان المقدور على ذكوته او من جنس ما لا يقدر على ذكوته
ففي الاول يشترط الذبح وفي الثاني يشترط الجرح ولم يوجد في الجنين لا ذبح ولا جرح فلا يحل
لانه ميتة والميتة حرام بقوله تعالى حرمت عليكم الميتة وهذا لان الميتة عبارة عما زال عنه الروح
بلا جرح والجنين زال عنه الروح بلا جرح فكان ميتة ولان الجنين منفرد بحيوة نفسه فاذا كان
حيوته اصلا كان ذكوته اصلا ايضا ولا يحصل ذكوته تبعا لذكوة الام والدليل على
انه اصل في الحيوة انه يتصور حيا بعد موت الام يدل عليه الاحكام ايضا وهي ايجاب الغرة
له وصحة اضافة الاعتاق اليه وصحة الوصية له وبه ايضا ولا شك ان الجنين حيوان دموي
والمقصود من ذكاة الحيوان هو الفصل بين اللحم الطاهر والدم النجس باسالته واليه اشار في
الحديث ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل وذكوة الام التي سبب لخروج دمها ليست بسبب لخروج
الدم النجس من الجنين فكان منخنقا لان الظاهر انه يموت من الاختناق باضطراب الام والمنخنقة
حرام بالنص والقياس على الصيد والبعير الناد لا يصح لان اصل الجرح جعل كافيا ثمه لما لم يوجد
القدرة على الكامل اقامة للسبب مقام المسبب لان الجرح سبب لاسالة الدم وفي الجنين لم يوجد
الجرح اصلا وانما دخل في بيع الام كيلا يفسد العقد باستثنائه وانما عتق باعتاقها لئلا ينفصل عن
الحرة ولد مملوك والجواب عن قوله عليه السلام ذكوة الجنين ذكوة امه فالمراد منه التشبيه بحذف
حرف التشبيه وهو ابلغ وجوه التشبيه كقولك زيد اسد اي ذكوة الجنين كذكوة امه كقولهم
صوته صوت الاسد وتحته ريح المسك وليس المراد منه ان ذكوة الام تنوب عن ذكوة
الجنين ولو كان المراد ذلك لقال ذكوة الام ذكوة الجنين كما يقال كلام الوزير كلام الامير و
الجواب عن الحديث المفسر اعني حديث ابي سعيد فنقول ذلك يعارض كتاب الله تعالى وهو قوله
حرمت عليكم الميتة وقوله تعالى والمنخنقة والجنين الذي خرج ميتا ميتة ومنخنق لما قلنا وشرط المعارضة
المساواة ولا مساواة بين الكتاب وخبر الواحد فيحمل ذلك على الفسخ وان ثبت فتاويله يخرج منها
جنين ميتا اي قريب من الموت يقال اشعر الجنين اذا نبت شعره قوله فلا يجعل تبعا في
حقه اي لا يجعل الجنين تبعا للام في حق خروج الدم يعني لا يجعل خروج الدم من الام خروج الدم من
الجنين فصل فيما يحل اكله وفيما لا يحل لما كان للذكوة حكمان في المذبوح حل الذبيحة
فيما يحل اكله وحصول الطهارة في اكله واللحم فيما لا يحل اكله الا الادمي والخنزير فانه لا يلحق
الذكاة بهما ذكر في هذا الفصل ما يحل اكله وما لا يحل اكله وكان الانسب ان يذكر مسائل

هذا الفصل جميعا في كتاب الصيد لان كل ما ذكر فيه من الصيد الا الفرس والبغل والحمار **قوله**
قال ولا يجوز اكل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير اي قال القدوري في مختصره
والاصل في ذلك ما روى الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى عاصم بن ضمرة عن علي بن ابي طالب
قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير وروى
الطحاوي ايضا باسناده الى ميمون بن مهران عن ابن عباس قال نهى رسول الله عن كل ذي
ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير وحدث البخاري باسناده الى ابي ثعلبة الخشني ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن اكل ذي ناب من السباع وروى الكرخي في مختصره باسناده
الى جابر بن عبد الله قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كل ذي ناب من السبع وكل ذي مخلب
من الطير هو الذي يصطاد بمخلبه وهو المراد بالاجماع لان كل صيد لا يخلو عن مخلب قال صاحب الهداية
لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن اكل كل ذي مخلب من الطير واكل كل ذي ناب من السباع ثم
قال قوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور والبهايم لا كل ما له
مخلب وهكذا قرر شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح المبسوط حيث قال قوله من السباع
ذكر عقيب النوعين فينصرف الى النوعين المذكورين في الحديث لا الى احدهما واذا انصرف اليهما
صار تقدير الحديث كانه قال نهى عن اكل كل ذي مخلب من الطير ونهى عن اكل كل ذي ناب من
السباع فيكون المحرم بهذا الحديث كل ذي مخلب من سباع الطير لا كل طير له مخلب وكل
ذي ناب من السباع لا كل حيوان له ناب ولنا في هذا التقرير نظر لان الثقات من المحدثين رووا
الحديث باجمعهم بتقديم كل ذي ناب من السباع على كل ذي مخلب من الطير فلا يتمشى هذا
التقرير ولو صحت تلك الرواية فتمنع انصراف قوله من السباع الى النوعين جميعا لان قوله وكل
ذي ناب اولى بالانصراف اليه لكونه اقرب وقال الكرخي في مختصره ومن ذوات الناب من السباع
الاسد والذئب والنمر والفهد والضبع والثعلب والسنور الاهلي والبري فهذا محرم
لما جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من نهيه عن كل ذي ناب من السباع وكره اصحابنا
مع ذلك من الصيد لحم الفيل والدب والقرد والضب واليربوع وابن عرس عندهم من
سباع الهوام قال ذلك ابو يوسف وكرهوا جميعا اكل جميع الهوام ما يكون
سكناه الارض والجرذ من الفار والاوزاغ وسام ابرص والعظاية والقنافذ
والدود والحيات وجميع هوام الارض قال بشر بن الوليد عن ابي يوسف

قال ابو

قال ابو حنيفة اكره اكل الهوام كلها وقال ابو يوسف مثل ذلك ولا اعلم من اصحابنا
في ذلك خلافا وكل ما لا دم له فهو مكروه اكله عندهم الا الجراد لما روي فيه عن
النبي صلى الله عليه وسلم ولاجماع الامة على احلال اكله وكرهوا الدبيب كله والزنابير و
الذباب وسائر ما لا دم له وذوات المخلب من الطير الصقر والبازي والنسر والعقاب
والشاهين وما اشبه ذلك وكرهوا اكل الرخم والبغاث وما يأكل الجيف من الطير مثل
الغراب الابقع والاسود يأكل الجيف واما ما كان من الغربان يأكل الحب والزرع والذي
يشبه الزاغ فانه يؤكل وقال ابو يوسف وان كان غرابا يخلط فيأكل الجيف ويأكل
الزرع فانه لا يؤكل لحمه كما كرهه الفقهاء من ذلك وقال ابو يوسف واما الذي رخصت
في اكله فان له خلقة وهيئة مخالفة للغراب في صغره وهو يدجن في المنازل ويألف كما
يألف الحمام ويطير ويرجع قال ابو حنيفة وسئل عن اكل العقعق فلم ير به باسا و
قال انه يخلط مع الجيفة التمر وما اشبهه قال وانما يكره من الطير ما لا يأكل
الا الجيف وكذلك حكي عن ابي حنيفة وما حكيناه في الغراب اولا فهو قول ابي يوسف ان
الغراب يؤكل وان كان يخلط الى هنا لفظ الكرخي في مختصره **قوله** عقيبا للنوعين اي عقيب
ذي مخلب وذي ناب والمخلب للطائر مثل الظفر للانسان والناب السن **قوله** والسبع
كل مختطف منتهب خارج قاتل عاد عادة والاختطاف بمعنى الخطفة والانتهاب بمعنى النهب
قيل في الفرق بينهما ان الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل السباع
البهايم فلما كان اسم السبع شاملا للنوعين فسر السبع بهذين الوصفين والعادي
من عدا عليه عدوانا **قوله** ومعنى التحريم اي المعنى الذي ورد التحريم لاجله في ذي مخلب
من الطير وذي ناب من السباع هو كرامة بني ادم بيانه ان الاختطاف والانتهاب والقتل
عادة اوصاف ذميمة فحرم الشرع سباع البهايم كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة
الى الاكل فكانت الحرمة كرامة للادمي المكرم كما كانت الاباحة كرامة له **قوله** ويدخل
فيه الضبع والثعلب اي في التحريم لانهما ذو ناب من السباع وعند الشافعي لا باس باكلهما
لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه سئل عن الضبع فقال تلك نعجة سمينة وعن جابر بن
عبد الله انه سئل عن الضبع اهو صيد قال نعم فقيل احلال هو قال نعم فقيل اسمعته
من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم والمعنى ما حكي عن المزني ان السبع ما يعدو

علي الناس وعلى حمقهم وهما لا يعدوان فلا يكونان من السبع ولنا ما روينا من
نهي رسول الله عليه السلام عن كل ذي ناب من السباع وهما من السباع لوجود معنى
السبع فيهما والجواب عن حديث الخصم ما رويناه يدل على الحرمة وما رواه يدل على
الاباحة والتاريخ ليس بمعلوم فيجعل ما فيه تحريم متاخرا تقليلا للنسخ وقوله وهما لا
يعدوان ليس بمسلم بل يعدوان لانهما من جملة السباع **قوله** واليربوع وابن عرس من
سباع الهوام وابن عرس دويبة والهوام بالتشديد جمع الهامة وهي الدابة من دواب الارض
وجميع الهوام نحو اليربوع وابن عرس والقنفذ مما يكون سكانه الارض والجرذ مكروه ¬
اكله لان الهوام مستخبثة وقال الله تعالى ويحرم عليهم الخبائث ولانها يتناول النجاسات
في الغالب وذلك من اسباب الكراهة وكذا جميع ما لا دم له فاكله مكروه لان كله مستخبث
فيدخل تحت قول الله عز وجل ويحرم عليهم الخبائث الا الجراد فانه مخصوص بالحديث
قوله وكرهوا اكل الرخم والبغاث والرخم جمع رخمة وهو طائر ابقع والبغاث ما لا
يصيد من الطير هكذا فسر في ديوان الادب وقال ابو حاتم السجستاني في كتاب
اسماء الطير وصفاتها وهو تلميذ الاصمعي قال ابو الخطاب ما لا يصيد من الطير الاوقعا
والبغاث وقال ابو عبيدة البغاث من الطير ضعافها وانما بغثها الوانها البغاث اولاد
الرخم وقال الاصمعي البغاث لئام الطير ومثل للعرب ان البغاث بارضنا يستنسر
اي يتشبه بالنسور يضرب مثلا للئام الناس اذا تكبروا وقال الاصمعي ان البغاث
بكسر الباء وتستنسر بالتاء فانث وقال ابو عبيدة من جعل البغاث واحدا قال
في الجمع البغثان ومن اجراه مجرى النعام قال بغاثة وبغاث قال اللحياني فهم
رخم طار بغثا انها فليست بمستعمل لانه مستقذر وقال بغاث الطير اكثرها فراخا
وام البازي مقلات نزور الي هنا لفظ ابي حاتم في كتابه وقال ابو حاتم ايضا في كتابه
بعدا او راق والرخمة طائر ضخمة تاكل الجيف ولا تصطاد ولونها البياض ويقال لها الانوق
والجمع الرخم ويقال في مثل للعرب ابعد من بيض الانوق وقال الشاعر
كبيض الانوق لا ينال لها ذكر ونحا لطا لونها الا غماس يعني النقط الصغار الانوق
والرخمة بعظم العقاب ويقال للرخمة ام جعدان وام رسالة وام قيس وحفصة وام عجيبة
والذكر منها العدمل والعزاح التاقق ولا تبيت الا في ارفع موضع تقدر عليه الي هنا لفظ ابي

حاتم ايضا **قوله** قال ولا باس بغراب الزرع اي قال القدوري في مختصره قال محمد في الاصل
اريت الغراب والنسر والعقاب واشباه ذلك من صيد البر هل يوكل لحمه قال ما كان من سباع
الطير كالنسر والعقاب فانه لا يوكل لان النبي صلى الله عليه وسلم نهي عن اكل كل ذي مخلب من
سباع الطير والغراب ليس من سباع الطير فلا يكون باكله باس الا ان يكون ياكل
الجيف فحينئذ يكره اكله كالابل الجلالة كذا قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرحه
وقال الولوالجي في فتاواه واما الغراب الابقع والاسود فعلى ثلاثة اوجه ان كان ياكل
الجيف يكره وان كان لا ياكل الجيف وياكل الحب والزرع لا يكره وان كان ياكل الجيف
وياكل الحب يوكل عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا يوكل **قوله** ولا يوكل
الابقع الذي ياكل الجيف هذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب الهداية وكذا
الغداف اي لا يوكل وهو غراب القيظ الكبير من الغربان وافي الجناحين قال القدوري
في شرحه والاصل في تحريم الغراب الابقع والغداف ما روي عن هشام بن عروة عن ابيه انه سئل
عن اكل الغراب فقال من ياكله بعد ان سماه رسول الله فاسقا يعني قوله عليه السلام خمس
من الفواسق يقتلن في الحل والحرم وفي الفتاوي الولوالجي اكل الخطاف والفاختة والعقعق
لا باس به لانه ليس بذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطيور وقال فخر الدين قاضي خان
في فتاواه ولا يوكل الخفاش لانه ذو ناب وفيه نظر لان كل ذي ناب ليس بمنهي عنه اذا كان
لا يصطاد بنابه **قوله** وقال ابو حنيفة لا باس باكل العقعق ذكره تفريعا على مسئلة
المختصر قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي قال ابو يوسف وسالت ابا حنيفة عن العقعق
فقال لا باس به فقلت انه ياكل الجيف فقال انه يخلط بشيء اخر فحصل من قول ابي حنيفة
ان ما يخلط لا يكره اكله بدلالة الدجاج وقال ابو يوسف يكره لان غالب اكله الجيف وقال
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولا خير في اكل النسر والعقاب واشباهه
لانه ذو مخلب من الطير ولانه ياكل الجيف فيفسد لحمه وكذلك البازي والصقر لانه ذو
مخلب وكذلك العقعق يريد به اللقلق لانه ياكل الجيف واما العقعق والسودانية واشباه
ذلك مما لا مخلب له فلا باس به وكذلك غراب الزرع لانه يتنوق في الجيف وياكل الحب وقد قيل
ان العقعق ياكل الجيف فان صح كرهت اكله ويكره الغراب الابقع لانه ياكل الجيف الي هنا
لفظ شرح الكافي وقال الكرخي في مختصره قال ابو يوسف في السنجاب والفنك والسمور والدلق كل

شئ من هذا سبع مثل الثعلب وابن عرس لا يوكل لحمه وذلك لانه من ذوات الناب فيدخل في عموم
الخبر قوله قال ويكره اكل الضبع والضب والسلحفاة والزنبور والحشرات كلها وهذه مسئلة القدوري
الا قوله والسلحفاة والزنبور فان اباحنيفة كرههما في الجامع الصغير وقال في شرح الاقطع قال الشافعي
يجوز اكل الضب والضبع والقنفذ وابن عرس لا يكره اما الضبع فقد مر بيانه قبل هذا واما الضب فوجه قول
الشافعي ما روي في شرح الاثار مسندا الى ابن عباس رضي الله عنه قال اهدت خالتي ميمونة الى رسول الله
اقطا وسمنا واضبا فاكل النبي صلى الله عليه من الاقط والسمن ولم ياكل من الاضب واكل على مائدة النبي
وجه الاستدلال انه لو كان حراما لم يوكل على مائدة النبي عليه السلام ولنا ما روي في شرح الاثار مسندا
الى عبد الرحمن بن حسنة قال نزلنا ارضا كثيرة الضباب فاصابتنا مجاعة فطبخنا منها وان القدور
لتغلي بها اذ جاء رسول الله صلعم فقال ما هذا فقلت ضباب اصبناها فقال ان امة من بني اسرائيل مسخت
دوابا في الارض واني اخشى ان تكون هذه فاكفئوها ولانه مستخبث فيدخل في قوله تعالى ويحرم عليهم
الخبائث وكذلك السلحفاة من خبائث الحشرات فيكره اكلها والزنبور من هوام الارض فيكره اكله
استدلالا بالضب وذلك لان النبي عليه السلام كره اكل الضب وانه من الهوام فيكون النص الوارد فيه كالوارد
في غيره من هوام الارض ولهذا ذكر محمد رحمه الله لفظ الكراهة في هوام الارض لان حرمة هوام الارض تثبت
استدلالا بالضب الثابت في الضب الكراهة فكذا هذا والطحاوي في شرح الاثار رجح اباحة اكل
الضب ثم قال لا باس باكل الضب فقال وهو القول عندنا والجواب عما تمسك
الخصم فنقول ما رواه يدل على التحريم فكان ما رويناه اولى لان تارك المباح ليس عليه شيء وفاعل
الحرام باثم فيعاقب ونقول لما كان التاريخ مجهولا يجعل المحرم موخرا عن المبيح فيكون ناسخا له
تقليلا للنسخ وذكر الفقيه ابو الليث السمرقندي في شرح الجامع الصغير روي عن ابي عبد الله
البلخي ان رجلا من اصحاب الحديث قال له الا اعلمك فيما قال صاحبك يعني اباحنيفة فقال له ايش قال
كره اكل الزنبور فقال له وعجز ذلك الزنبور وقال ابو القسم بن الجلاب البصري المالكي
في كتاب التفريع ولا باس باكل السرطان والسلحفاة والضفدع ثم قال فيه ولا باس باكل سائر
الطير كلها ما كان منها ذا مخلب وغير ذي مخلب كالبزاة والعقبان والرخم والحداة وبان في
سباع الطير وهي في ذلك خلاف سباع الوحوش ولا يوكل شيء من سباع الوحوش الى هنا لفظ
التفريع وقال الغزالي في وجيزه ولا يحرم الضب والضبع والثعلب واما ابن اوى وابن عرس ففيه تردد
لتشبهه بالثعلب والكلب ثم قال والاظهر الحاق السمور والسنجاب بالثعلب ثم قال والغراب
حرام

وفي الاسود تردد واما غراب الزرع فمنها حمر المناقير والارجل فالاظهر حلها ثم قال في
الهدهد تردد والاظهر ان اللقلق حلال كالكركي ثم قال ما استخبثته العرب فحرام كالحشرات
ثم قال وفي الزرافة تردد وفي القنفذ وجهان وما اشكل منه فيرجع فيه الى العرب كذا في
وجيزهم وقال الخرقي من اصحاب احمد بن حنبل ولا باس باكل الضب والضبع قوله
والحشرات هي صغار دواب الارض واحدها حشرة قوله قال ولا يجوز اكل الحمر
الاهلية والبغال اي قال القدوري في مختصره وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي
وحكي عن بشر المريسي انه قال لا باس باكل الحمار وقال شيخ الاسلام ابو بكر المعروف
بخواهر زاده في شرح كتاب الصيد يكره اكل لحوم الحمر الاهلية في قول علمائنا وعامة العلماء
وقال اهل الشام بانه لا باس باكله وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح
الكافي ويكره لحوم الحمر الاهلية والبغال وقال مالك وبعض فقهاء الشام لا باس به الى
هنا لفظ شرح الكافي واراد ببعض فقهاء الشام الاوزاعي وبه صرح فخر الاسلام في
شرح الجامع الصغير ويحتمل ان يكون عن مالك روايتان في لحم الحمار لانه قال
في كتاب التفريع لابي القاسم بن الجلاب المالكي البصري ولا باس باكل الحمر الوحشية
ولا توكل الحمر الاهلية ولا البغال ويكره اكل الخيل الى هنا لفظ التفريع وهم
احتجوا بما روي في شرح الاثار وغيره مسندا الى عبد الرحمن بن مغفل عن عبد الرحمن
بن بشر عن رجال من مزينة من اصحاب النبي صلى الله عليه عن ابجر او ابن ابجر انه
قال يا رسول الله انه لم يبق من مالي شيء استطيع ان اطعمه اهلي الا حمرا لي قال فاطعم اهلك
من سمين مالك فانما كرهت لكم جوال القرية ولانه يحل البري من الحمر فيحل الاهلي ايضا قياسا
على البقر وعلمائنا استدلوا بظاهر الكتاب واحتجوا بالسنة اما الكتاب فقوله تعالى والخيل والبغال
والحمير لتركبوها وزينة بيانه ان الاكل من هذه الاشياء لو كان حلالا لمن بذلك ايضا لان منفعة
الاكل اكثر من منفعة الركوب والزينة لان الانسان يحيى بلا ركوب ولا زينة ولا يحيى بلا اكل الا ترى
انه تعالى بدأ في الانعام بذكر الاكل قبل ذكر الزينة وحمل الاثقال فقال والانعام خلقها لكم فيها
دفء ومنافع ومنها تاكلون ولكم فيها جمال حين تريحون وحين تسرحون وتحمل اثقالكم
الى بلد لم تكونوا بالغيه الا بشق الانفس ان ربكم لرءوف رحيم فلما لم يذكر ههنا منفعة الاكل
مع انه فوق منفعة الركوب والزينة دل انه انما لم يذكر لان هذه الاشياء غير ماكول اللحم واما السنة

الا بذ حضر كتب الا سنان دون الاسنان الله تعالى بمنعه
المعد والدنية فلعوكاذ

فما روى البخاري مسندا الى سالم ونافع عن ابن عمر رضي الله عنه نهى النبي صلى الله عليه عن لحوم
الحمر الاهلية يوم خيبر وحدث البخاري ايضا باسناده الى علي رضي الله عنه قال نهى النبي صلى الله
عليه عن المتعة عام خيبر ولحوم الحمر الانسية وحدث ايضا باسناده الى جابر بن عبد الله قال نهى النبي صلى الله
عليه يوم خيبر عن لحوم الحمر ورخص في لحوم الخيل وحدث ايضا باسناده الى البراء وابن ابي اوفى قالا نهى النبي صلى الله عليه
عن لحوم الحمر وحدث ايضا باسناده الى ابي ثعلبة قال حرم رسول الله صلى الله عليه لحوم الحمر الاهلية
وحدث صاحب السنن باسناده الى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال نهى رسول الله صلى الله
عليه يوم خيبر عن لحوم الحمر الاهلية وعن الجلالة وعن ركوبها واكل لحمها وحدث الطحاوي
باسناده الى مجاهد عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه نهى يوم خيبر عن اكل لحوم الحمر الانسية
وحدث الطحاوي ايضا باسناده الى عبد الله بن ابي سليط عن ابيه ابي سليط وكان بدريا قال
لقد اتانا نهي رسول الله صلى الله عليه عن اكل لحوم الحمر ونحن بخيبر وان القدور لتفور بها فاكفيناها
على وجوهها وحدث الطحاوي ايضا باسناده الى ابن سيرين عن انس بن مالك قال لما
افتتح النبي صلى الله عليه خيبر اصابوا حمرا فطبخوا منها فنادى رسول الله صلى الله عليه الا ان
الله ورسوله ينهيانكم عنها فانها نجس فاكفئوا القدور والاحاديث في هذا الباب متواترة
يدل كلها على تحريم لحوم الحمر والجواب من حديث غالب بن ابجر فنقول
المراد منه الحمر الوحشية بدليل قوله عليه السلام انما كرهت لكم جوال القرية او نقول اباح ذلك
للضرورة وقد يحل في الضرورة ما لا يحل في غيره الا ترى الى ما حدث الطحاوي في شرح الآثار مسندا
الى غالب بن ابجر قال قيل للنبي صلى الله عليه انه اصابتنا سنة وان سمين مالنا في الحمير فقال كلوا من سمين
مالكم فما خبر انما كان اباح لهم ذلك كان في عام سنة وضرورة ولا يدل ذلك على الاباحة في غير حالة
الضرورة او نقول ما روى غالب بن ابجر يدل على الاباحة وما روي غيره يدل على التحريم والتاريخ مجهول
فيجعل دليل الحرمة متأخرا تقليلا للنسخ او نقول معنى قوله كل من سمين مالك اي كل من ثمنه كما يقال
فلان عتاده اي ثمنه وكذا البغال حرام اكلها لقوله تعالى والخيل والبغال الآية من وجه
الاستدلال ولان الولد يتبع الام في الحل والحرمة وام البغل اما الفرس او الحمار فايا ما كان
فالبغل مكروه لان الام مكروه الاكل عند ابي حنيفة قال القدوري في شرحه والذي روي ان
عائشة سئلت عن الحمر فتلت قوله تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي محرما على طاعم يطعمه نصا احتج
بآية عامة اتفق على تخصيصها والرجوع الى دليل التخصيص اولى والذي روي عن عمر
وبن دينار قال قلت لجابر بن زيد انهم يزعمون ان رسول الله صلى الله
عليه نهى عن لحوم الحمر الاهلية قال كان الحكم بن عمرو الغفاري والحسن
يقول ذلك عندنا بالبصرة وابى ذلك الحبر يعني ابن عباس فقد روي عنه خلاف
ذلك وهو انه احتج في المنع عن اكل الخيل بالآية وهذا يقتضي المنع من اكل لحم
الحمير وقال ظهير الدين اسحق الولوالجي في فتاواه واما البغال ان كان الفرس نزا
على الحمار يكره لان لماء الاتان عبرة بالاجماع واما الحمار اذا نزا على الرمكة فكذلك في قول
هذا قول ابي حنيفة واما على قولهما فلا باس به لانه ليس لماء الفحل عبرة فبقي
ماء الام وعندهما لا باس باكل الام وينكر ان انه يسمى بغلا والظاهر ان الاول قول
الكل الى هنا لفظ الولوالجي وقوله عليه السلام جوال القرية بتشديد اللام جمع
جالة بالتشديد بمعنى جلالة وهي آكلة العذرة قوله ويكره لحم الفرس عند ابي
حنيفة رضي الله عنه هذا لفظ القدوري في مختصره وقال محمد في الجامع الصغير
عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه قال اكره ابوال الابل واكل لحوم
الفرس وقال ابو يوسف ومحمد لا باس بذلك اما ابوال الابل وكل ما يؤكل لحمه
فحرام نجس عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال محمد هو حلال طاهر وقال
ابو يوسف مثل قول ابي حنيفة الا انه قال لا باس بشربه للتداوي وقد مرت
في كتاب الطهارة في فصل البئر وقول ابي يوسف ومحمد هنا منصرف الى لحم الفرس
واما البول فانه نجس عند ابي يوسف وانما اطلق شربه للتداوي كذا قال
فخر الاسلام وقال الطحاوي في مختصره وكان ابو حنيفة يكره اكل لحوم الخيل
وكان ابو يوسف ومحمد لا يريان به باسا وقال الكرخي في مختصره ولا يجوز
اكل الخيل ولا البغال ولا الحمير وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
كذلك الا في لحوم الخيل فانهما قالا لا باس بذلك الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وقال
في الاصل فتكره لحوم الخيل قال نعم في قول ابي حنيفة وهو قول مالك وقال ابو يوسف
ومحمد والشافعي بانه لا باس باكله لهم قوله تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي محرما على طاعم
يطعمه الا ان يكون ميتة والخيل ليس من جملة المستثنى فيكون داخلا في جملة المستثنى
منه وهو قوله قل لا اجد فيما اوحي الي محرما وحدث البخاري في جامعه الصحيح

عهدم

باسناده الي جابر بن عبد الله قال نهي النبي صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الحمر ورخص في
لحوم الخيل وقال القدوري في شرحه روي عن انس بن مالك انه قال اكلنا لحم فرس على عهد رسول الله
وذكر الطحاوي في شرح الاثار عن اسماء بنت ابي بكر نحوه ولانه حيوان ليس بذي سؤر طاهر من غير
ضرورة فيؤكل قياسا على الشاة والبقر ولا يلزم سؤر الهرة لان في سؤرها ضرورة وهو الطوف علينا
ولا يلزم سؤر الحمار لانه مشكل حتى لو توضا به لم يجز ولو توضا بسؤر الفرس جاز ولابي حنيفة
قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وجه الاستدلال ما ذكرنا في لحم الحمير وروى ابو داود
في السنن باسناده الى خالد بن الوليد ان رسول الله نهى عن اكل لحوم الخيل والبغال والحمير وكل ذي ناب من
السباع وقال الكرخي في مختصره حدثنا الجوزي قال حدثنا هرون بن راشد المستملي
قال حدثنا محمد بن حرب الابرش قال ابو حدثنا ابو سلمة سليمان بن سليم عن صالح بن يحيى عن جده
المقدام بن معدي كرب ان النبي عم قال حرام عليكم الحمار الاهلي وخيلها وبغلها وكل ذي ناب من
السباع وكل ذي مخلب من الطير وقال الكرخي ايضا حدثنا يحيى قال حدثنا وكيع قال حدثنا ابن
ابي ليلى عن المنهال بن عمرو عن سعيد بن جبير عن ابن عباس في هذه الاية والخيل والبغال والحمير لتركبوها
قال وسئل عن لحوم الخيل فكرههما وتلا هذه الاية ولانه حيوان اهلي ذو حافر فيكره اكله قياسا على
البغل والحمار ولان في اباحة الاكل تقليل اداة الجهاد وهو حرام ولا شك ان منفعة حيوته تربو على
منفعة لحمه بوجوده وقال في شرح شيخ الاسلام خواهر زاده كان الحاكم ابو محمد السرخسي يحتج
فيقول لان الولد في الحل والحرمة يتبع الام دون الفحل بدليل ان حمار الوحش لو نزا على اتان اهلي
فولدت لم يحل ولده اعتبارا بالام ولو نزا حمار اهلي على اتان وحشي فولدت ولدا فان الولد يحل فصح
ان العبرة في حل الولد وحرمته لجانب الام لا لجانب الفحل واجمعنا ان حمارا لو نزا على رمكة لا يحل
ولدها وهو البغل فدل ان الام يحرم الاكل اذ لو كان حلالا لاكل لما حرم البغل بسبب حرمة
الفحل وهذا الاحتجاج يستقيم على ابي يوسف ومحمد لا على الشافعي فان الولد عنده يتبع الفحل
حتى لو نزا حمار اهلي على اتان وحشي لا يحل الولد عنده فنحتج عليه من وجه اخر فنقول حيوان له سهم
مقدر في الغنيمة فلا يحل قياسا على الرجل ولانه من احدى الغزاة الثلاث فيكره اكله قياسا على البغل
والحمار لان القران في النظم يوجب القران في الحكم عنده وكذا عندنا اذا كان في الجمل الناقصة
وفيما نحن فيه كذلك والجواب عن تمسك الخصم بالمنقول فنقول ذلك يدل على الاباحة وما تمسكنا
يدل على التحريم فيقدر دليلنا اخرا ناسخا للاباحة تقليلا للنسخ وقولهما بان سؤره طاهر قلنا

٩٠

ذكر خواهر زاده في شرحه ان الحسن روى عن ابي حنيفة ان سؤره مشكل مثل سؤر الحمار فان
اخذنا بهذا فالسؤال ساقط ولئن سلمنا فالجواب عنه ان حرمة اكل لحم الفرس انما كانت عند ابي
حنيفة للاحترام من حيث انه حيوان يقع به ارهاب العدو ويكون معدودا من جملة العسكر لا للنجاسة
والحرمة متى كانت للاحترام لا للنجاسة لا يوجب نجاسة السؤر كما في الادمي وحكاية الفعل في
حديث انس واسماء يحتمل وجوها بان يكون في حال الضرورة عذر ولم يبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم
فلا تقوم به الحجة **قوله** ثم قيل الكراهة عنده كراهية تحريم وقيل كراهية تنزيه قال في الفتاوى الصغرى
قال القاضي الاسبيجابي انه كراهية تنزيه لانه ذكر في كتاب الصلوة وسوى بين بوله وبول ما يؤكل لحمه
ثم قال فيها وحكي عن الشيخ الامام عبد الرحيم الكرميني انه قال كنت مترددا في هذه المسئلة فرايت ابا
حنيفة في المنام يقول لي كراهية تحريم يا عبد الرحيم والشيخ ابو جعفر الطحاوي مال في شرح الاثار
الي قولهما وذكر فخر الاسلام في الجامع الصغير انها كراهة تنزيه قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي ويكره لحوم الجلالة والعمل عليها وذكر حالها الى ان تحبس اياما وتعلف لما روي عن النبي عم
انه نهى عن اكل لحوم الجلالة ولان تناول النجاسات توجب فساد لحمها فيؤثر في فساد اكله وانما حرم
العمل عليها لانها تعرق فينجس سايقها وممتطيها فحرم الاستعمال لهذا المعنى وليس الدجاج كذلك لان
الا نرجاء الجلالة وليس لها علف غير ذلك والدجاج يخلط بالعذرة غيره والفقه فيه ان الدجاجة المخلاة
لا تتناول النجاسة وانما تتناول الحبات من السرقين فلا يحرم اكلها حتى اذا علم انها تتناول النجاسات
فلنا حرمة اكلها الا ان تحبس وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح المبسوط ولم يقدر في ذلك
مقدارا في الكتاب وروي في غير رواية الاصول انه قدر في الابل شهرا وفي البقر عشرين وفي
الشاة عشرة ايام وفي الدجاجة ثلثة ايام ثم قال وفي بعض الروايات يحبس الابل اربعين وفي
البقر عشرين والشاة عشرة والدجاجة ثلثة ايام وقال الولوالجي في فتاواه ذكر في
النوادر لو ان جديا غذي بلبن الخنزير فلا باس باكله لانه لم يتغير لحمه وما غذي به صار مستهلكا
لم يبق اثره وعلى هذا نقول لا باس باكل الدجاجة التي تخلط بالعذرة غيره لانه لا يتغير لحمه
والذي يروى انه تحبس الدجاجة ثلثة ايام فذاك على سبيل التنزه **قوله** اما لبنه
فقد قيل انه لا باس به سماه صاحب الهداية مباحا في كتاب الحدود وقال السكر من
المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وقال فخر الدين قاضي خان واما الالبان
فلبن المأكول حلال ولبن الرماك كذلك في قولهم اي يوسف ومحمد ويكره في قول ابي حنيفة

واختلفوا في كراهيته وقال بعضهم مكروه كراهة التنزيه لا كراهة التحريم وذكر
شمس الائمة السرخسي في اثناء الكلام انه مباح كالبنج وعامة المشايخ قالوا هو مكروه
كراهة التحريم الا انه لا يحد وان زال عقله كما لو تناول البنج وارتفع الى راسه حتى
زال عقله يحرم ذلك ولا يحد فيه قوله قال ولا باس باكل الارنب اي قال
القدوري في مختصره وقال الكرخي في مختصره ولم يروا جميعا باسا باكل الارنب قال
ابو يوسف فاما الوبر فلا احفظ فيه عن ابي حنيفة شيا وهو عندي مثل الارنب وهو يعتلف
البقول والنبت الى هنا لفظ الكرخي قال في الجمهرة والوبر دويبة اصغر من السنور
طحلاء اللون لا ذنب لها ترجن في البيوت وتجمع على وبار والاصل في حل الارنب ما روى
البخاري في الصحيح باسناده الى انس رضي الله عنه قال انفجنا ارنبا ونحن بمر الظهران
فسعى القوم فلغبوا فاخذتها فجئت بها الى ابي طلحة فذبحها فبعث بوركها او قال
بفخذها الى النبي عليه السلام فقبلها قوله انفجنا ارنبا اي اثرناه واعديناه ومر
الظهران قريب بعرفة كذا في الفائق وروى صاحب السنن باسناده الى عاصم عن الشعبي
عن محمد بن صفوان او صفوان بن محمد قال صدت ارنبين فذبحتهما بمروة فسالت
رسول الله صلى الله عليه وسلم عنهما فامرني باكلهما وقال في الاصل عن موسى بن طلحة ان
اعرابيا اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ارنبا فقال لاصحابه كلوا وقال في
باب ما يكره اكله من صيد البر والبحر من الاصل ارايت الارنب هل ترى باكلها باسا قال
لا وذلك لما روينا من الاحاديث ولانه صيد ليس من جملة سباع الطير ولا من جملة
سباع الوحش ولا ياكل الجيف فلا يكون باكله باس كالظبي قال شيخ الاسلام
خواهر زاده في شرحه وانما ورد هذا الاشكالين احدهما ان للارنب شبها بالحمار فان اذنه
يشبه اذن الحمار والحمار حرام والثاني لان بين الناس من توهم ان الارنب تحيض
فكان لها شبه بالادمي فيحرم اكله كما حرم ابو حنيفة اكل الفرس لان لها شبها
بالادمي من حيث انها تستحق سهما مقدرا من الغنيمة كالرجل قوله قال
واذا ذبح ما لا يوكل لحمه طهر لحمه وجلده الا الادمي والخنزير فان الذكوة لا تعمل فيهما
اي قال القدوري في مختصره وقال الحاكم الشهيد في اخر كتاب الصيد من الكافي
ولا تكره الصلاة على جلد ما يكره اكله من ذي الناب اذا ذبح او دبغ وهذا الحكم هو الذي

اعتمد عليه عامة اصحابنا وعلى قول نصير بن يحيى وابي جعفر الهندواني انه نجس
لا تجوز الصلوة معه وقد ذكرناه في اول الكتاب وذلك لان النجس هو الدم المسفوح
بدليل قوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل وكل ذي ناب سوى الخنزير ليس
بنجس العين بل نجاسته لغيره فيزول ذلك بالذبح وكذلك الدباغ يزيل الرطوبات فيجعلها
كان لم يكن بالجلد وقد قال عليه السلام ايما اهاب دبغ فقد طهر وقال الشافعي لا تؤثر
الذكوة في جميع ذلك لانها ذكوة لا تفيد اباحة اكل المذبوح فلا تفيد طهارة جلده كذكوة
المجوسي والوثني قلنا العلة تبطل بذكوة الشاة المسمومة وبالدباغ والمعنى في الاصل انه ليس
من اهل الذكوة بخلاف المسلم الا ترى انه لو ذبح شاة لا تفيد اباحة اكلها فكذلك لا تفيد
طهارة ما لا يوكل والمسلم بخلافه فان قيل كما ان المجوسي ليس من اهل الذكوة فكذلك الكلب ليس
من جنس ما يذكى ولا فرق بين ان يكون الذابح من غير اهل الذكوة وبين ان لا يكون المذبوح
من جنس المذكا الا ترى ان المسلم لو ذبح خنزيرا لا يحل اكله كما ان المجوسي لو ذبح شاة لا يحل اكلها
قلنا قد اتفقنا على ان المجوسي ليس من اهل الذكوة لم يتفق على ان الكلب والفهد ليسا من جنس
المذكا بل هو من جنس المذكاة لانه مختلف في اباحة اكله كذا في مختصر الاسرار قوله
فلا بد من الدباغ يعني لما كان فعل المجوسي اماتة في الشرع لا ذكوة لم يحصل به الطهارة
للجلد فلا جرم لم يكن بد من الدباغ فيحصل طهارة الجلد قوله وينتفع به في غير الاكل يعني
في الاستصباح ودهن الجلود ونحوه قوله قال ولا يوكل من حيوان الماء الا
السمك اي قال القدوري في مختصره قال الكرخي في مختصره وكره اصحابنا كل ما في البحر
الا السمك خاصة فانه حلال اكله الا ما طفا منه فانهم كرهوه لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
فيه الى هنا لفظ الكرخي وقال شيخ الاسلام ابو بكر المعروف بخواهر زاده في شرح المبسوط
ويكره اكل ما سوى السمك من دواب البحر عندنا كالسرطان والسلحفاة والضفدع وخنزير
الماء وقال ابن ابي ليلى ومالك والشافعي بانه يوكل جميع ما في البحر من الدواب وقال ابن الجلاب
المالكي ولا باس باكل الميتة من الحيتان طافيا كان او راسبا وصيد البحر كله حلال ويكره اكل
كلب الماء وخنزيره من غير تحريم له الى هنا لفظه لهم ظاهر قوله تعالى احل لكم صيد البحر و
طعامه من غير فصل وقوله عليه السلام حين سئل عن التوضي بماء البحر فقال هو الطهور
ماؤه والحل ميتته رواه ابو هريرة في السنن وغيره وروى في السنن مسندا الى جابر قال

بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وامر علينا ابو عبيدة بن الجراح نتلقى عيرا لقريش وزودنا
جرابا من التمر لم يجد لنا غيره وكان ابو عبيدة يعطينا تمرة تمرة كنا نمصها كما يمص الصبي
ثم نشرب عليها الماء فيكفينا يومنا الى الليل وكنا نضرب بعصينا الخبط ثم نبله في الماء فناكله
قال فانطلقنا على ساحل البحر فرفع لنا كهيئة الكثيب الضخم فاتيناه فاذا هو دابة تدعى
العنبر فقال ابو عبيدة ميتة فلا تحل لنا ثم قال لا بل نحن رسل رسول الله عليه السلام وفي سبيل
الله عز وجل وقد اضطررتم فكلوا فاقمنا عليه شهرا ونحن ثلثمائة حتى سمنا فلما قدمنا الى رسول
الله صلى الله عليه وسلم ذكرنا ذلك عليه فقال هو رزق اخرجه الله لكم فهل معكم من لحمه
شيء فتطعمونا فارسلنا الى رسول الله فاكل وهذا الحديث يدل على اباحة ما في البحر سوى
السمك ولانه صيد بحري فيؤكل قياسا على السمك وعلماؤنا احتجوا بظاهر قوله تعالى حرمت
عليكم الميتة وهو يتناول بعمومه ميتة البر والبحر جميعا الا ان النبي صلى الله عليه وسلم استثنى
السمك والجراد فبقي ما وراءه داخلا تحت التحريم وقال تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما
سوى السمك من دواب البحر من جملة الخبائث فان الطبع يستقذره فيحرم جميع ما في البحر
سوى السمك عملا بهذا الظاهر وروى صاحب السنن باسناده الى سعيد بن المسيب عن
عبد الرحمن بن عثمان الانصاري ان طبيبا سال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ضفدع
يجعلها في دواء فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قتلها ولانها ميتة فلا تحل كسائر الميتات ولان
الحيوان المتوحش في اصل الخلقة على نوعين بري وبحري ففي البري مباح ومحظور فينبغي
ان يكون البحري كذلك والجواب عن تعلقهم فنقول المراد منه حل الاصطياد لا حل الاكل
بدليل ما تلونا وما روينا واصطياد ما سوى السمك من دواب البحر لمنافع اخرى غير الاكل
حلال لكل اصطياد السمك والجواب عن تعلقهم بقوله عليه السلام والحل ميتته فنقول
المراد منه ميتة السمك والا يلزم المعارضة بين خبر الواحد وبين قوله حرمت عليكم الميتة
فلا يجوز لانتفاء المعارضة وهو المساواة او نقول السمك مراد من الحديث بالاجماع فمن
ادعى دخول ما سوى السمك تحت الحل فعليه البيان ونحن نتمسك بقوله تعالى حرمت عليكم
الميتة وقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث والجواب عن حديث العنبر فنقول المراد
منها السمك ايضا الا ترى ان البخاري حدث باسناده الى جابر قال غزونا جيش
الخبط وامر ابو عبيدة فجعنا جوعا شديدا فالقى البحر حوتا ميتا لم ير مثله يقال له العنبر

فاكلنا

فاكلنا منها نصف شهر فاخذ ابو عبيدة عظما من عظامه فمر الراكب تحته واراد بالخبط الورق
المخبوط فعل بمعنى مفعول كالنفض قوله قال ويكره اكل الطافي منه اي قال
القدوري في مختصره وقال مالك والشافعي لا باس به وهو قول احمد ايضا لهم قوله
عليه السلام هو الطهور ماؤه والحل ميتته من غير فصل بينما اذا مات بافة او بغير افة وقوله عليه السلام
احلت لنا ميتتان ودمان السمك والجراد والكبد والطحال وروي عن انس رضي الله عنه
انه قال اشهد ان ابا بكر اكل الطافي ولانه حيوان يحل من غير جرح فيحل منه ما مات بافة او
بغير افة دليله الجراد ولنا ما حدث ابو داود في السنن باسناده الى جابر بن عبد الله قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما القى البحر او جزر عنه فكلوه وما مات فيه وطفا فلا تاكلوه
وقال محمد في كتاب الاثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابرهيم قال كل ما جزر عنه الماء
وما قذف به ولا تاكل ما طفا وقال القدوري في شرحه روي عن علي رضي الله عنه قال لا تبيعوا
في اسواقنا الطافي والجواب عما تعلقوا انه ذكر عام خص بما روينا ولان ذلك مبيح و
هذا محرم والمحرم اولى وجزر البحر والنهر يجزر جزرا اذا قل ماؤه والجزر ضد المد قوله
نضب عنه الماء والنضوب ذهاب الماء قوله قال ولا باس باكل الجريث والمارماهي
وانواع السمك والجراد بلا ذكوة اي قال القدوري في مختصره والجريث الجري انما حل
كل انواع السمك لعموم قوله عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان السمك والجراد
والكبد والطحال وروى محمد في الاصل عن عمرو بن سودة عن عمرة بنت ابي الطبيخ خرجت
مع وليدة لنا فاشترينا جريثة بقفيز حنطة فوضعناها في زنبيل فخرج راسها من جانب وذنبها
من جانب فمر بنا علي فقال بكم اخذت قالت فاخبرته فقال ما اطيبه وارخصه واوسعه
للعيال فيه دليل على ان الجريث يؤكل لانه نوع من السمك فيحل كسائر الانواع وهذا الحديث
حجة لنا على بعض الروافض واهل الكتاب فانهم يكرهون اكل الجريث ويقولون انه كان ديوثا
يدعو الناس الى حليلته فمسخ به وهو مردود بقول علي رضي الله عنه كذا قال
خواهر زاده في شرحه وروى محمد ايضا في الاصل عن ابن عباس انه سئل عن الجريث
فقال اما نحن فلا نرى به باسا واما اهل الكتاب فيكرهونه فاذا صح عن علي
وابن عباس اباحة الجريث ولم يرو عنهما خلاف ذلك حل محل الاجماع وكذا
الجراد حلال سواء مات حتف انفه او قتله الاخذ بان قطع راسه وقال مالك

لايحل مالم يقتله الاخر بعد الاخذ امّا ان يقطع رأسها او يشويه فاما اذا عتق عنه حتى
مات حتف انفه او جعل الكل في غزاوة ومات فانه لايحل كذا ذكر شيخ الاسلام
خواهرزاده في شرح كتاب الصيد وجه قوله انه صيد بري حتى يجب على
المحرم جزاؤه اذا قتله وصيد البر لايحل الا بالقتل ولنا قوله عليه السلام احلت لنا
ميتتان ولايرد علينا كراهة الطافي لانه مخصوص بالحديث الاخر وقال محمد
في الاصل ايضا بلغنا عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه قال ذكوة السمك والجراد
اخذه وقال ايضا وعن علي سئل عن الجراد يأخذه الرجل من الارض وفيه الميت
وغيره قال كله كله فدل على حل الجراد مطلقا سواء مات حتف انفه او مات
بعلة بان اصابه المطرفات مالم يوجد من الاخذ قتل **قوله** ثم في الاصل عندنا
في السمك انه اذا مات بافة يحل كالماخوذ واذا مات حتف انفه لايحل كالطافي ويتفرع
عليه فروع كثيرة منها اذا ضربها رجل فقطع بعضها يحل المبان والمبان منه لانه
مات بافة ظاهرة والمبان من الحي وان كان ميتة حل المبان هنا لان ميتة السمك
حلال بالحديث ومنها اذا وجد في بطنها سمكة اخرى او قتلها طير الماء لاباس باكلها
لان الموت يحال الى سبب ظاهر وهو ابتلاع السمك او قتل الطير ومنها اذا القى سمكة
في جب ماء فماتت فيه فلاباس بها لانها ماتت بسبب ضيق المكان عليها فكان موتها
بافة ظاهرة فتحل ومنها اذا جمعها في حظيرة لايستطيع الخروج منها وهو يقدر على
اخذها بغير صيد لان الجمع في مكان ضيق سبب لموتها وان كانت لاتوخذ بغير
صيد فلاخير في اكلها لانعدام سبب ظاهر يحال الموت اليه فكان موتها حتف انفها
فلايحل وقال القدوري في شرح مختصر الكرخي فاما ما مات من الحر او البرد
او في كدر الماء ففيه روايتان احدهما انه يؤكل والرواية الاخرى لايؤكل لان
الحر والبرد صفة من صفات الزمان وليست من حوادث في الغالب واطلق القدوري
الروايتين ولم ينسبهما الى احد وقال شيخ الاسلام خواهرزاده في شرح كتاب
الصيد وقد ذكر في غير رواية الاصول خلافا وقال على قول ابي حنيفة لا
يحل وعلى قول محمد يحل وكذلك قال في العيون حيث قال وقال ابو حنيفة
في السمك اذا قتلها برد الماء او حره لم يؤكل وهو بمنزلة الطافي وقال يؤكل

لانه مات بافة وقال السغدي(?) في شرحه ايضا وروى هشام عن محمد في
السمكة اذا كان بعضها في الماء وبعضها على الارض اكلت لانه موضع نفسها
فاذا كان خارجا من الماء فان الظاهر انها ماتت بسبب وان كان رأسها واكثرها في
الماء لم تؤكل لانه موضع حيوتها فنعلم ان موتها بسبب وقال الولوالجي
في فتاواه اذا ماتت السمكة في الشبكة وهي لاتقدر على التخلص منها او اكل شيئا القاه
في الماء لتاكله فماتت منه وذلك معلوم فلاباس باكلها لانها ماتت بآفة وكذلك
لو ربطها في الماء فماتت لانها ماتت بافة وقال في الفتاوى الصغرى ناقلا
عن الجامع الاصغر اذا وجد السمكة ميتا على الماء وبطنه من فوق لم يؤكل
لانه طاف وان كان ظهره من فوق اكل لانه ليس بطاف وقال الحاكم الشهيد
في الكافي ولايحل صيد المجوسي ولا ذبيحته الا فيما لايحتاج فيه الى التذكية من سمك
وجرادة وبيضة يأخذها وما اشبه ذلك وكذلك المرتد ولاباس بان يصيد المسلم
بكلب المجوسي المعلم وبازه كما يذبح بسكينه والله اعلم **قوله** يقف
المبرز عليها اي يقف على تلك الفروع المبرز وهو السابق الفائق من فوقهم برز
على اصحابه اي فاقهم ومنه قول الحريري
يا اهل تبريز لكم حاكم اوفى على العالم تبريزا **هذا اخر الدفتر السابع عشر من الشرح**
الذي سميناه غاية البيان في شرح الهدايه فرغ عنه مولفه العبد الضعيف الى
الله تعالى قوام الدين ابو حنيفة امير كاتب بن امير عمر العميد المدعو بقوام الفارابي
الاتقاني ويتلوه في الدفتر الثامن عشر بعونه تعالى كتاب الاضحيه وكان الفراغ عنه يوم
الاثنين السابع والعشرين من شوال من سنة اربع واربعين وسبعمية ببغداد في
المحله الجعفريه نقلته من خط المصنف عليه الرحمه من خطه حامدا مصليا

كتاب الاضحية

اي هذا كتاب الاضحيه عقب كتاب
الذبائح لان كل واحد منهما يتعلق بالذبح ثم ينبغي لك ان تعرف ان الاضحية
من حقوق الاموال على ضربين منها ما يجب فيه التمليك كالزكاة ومنها
ما يجب فيه الاتلاف كالعتق والاضحيه من حيث العين لان الواجب فيها اراقة
الدم وهو اتلاف وليس التصدق بها واجبه وكونها تعالى ... اذا ... السنة

نخ: ان نتفها هل باسا نتف يعني سمكا وان كان
السمك في الماء واكثره في الارض حلت لانه ليس
بموضع معيشتها ٢٢

من اصلين من العين لان الواجب فيها الاسلام ومن الزكاة لان المستحبات
يتصدق بلحمها كذا ذكره القدوري في شرحه ثم الاضحية مشروعة بالكتاب والسنة
واجماع الامة اما الكتاب فقوله تعالى فصل لربك وانحر قيل المراد به صلاة العيد
والتضحية كذا في الكشاف روي ذلك عن ابن عباس في تفسيره اي صل صلاة
العيد وانحر الجزور كذا ذكر شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه واما السنة
فما روى البخاري في صحيحه مسندا الى انس بن مالك رضي الله عنه قال كان النبي صلى الله
عليه وسلم يضحي بكبشين وانا اضحي بكبشين وعلى ذلك انعقد اجماع الامة
واذا ثبت انها مشروعة اختلفوا بعد ذلك في انها واجبة ام سنة فقال الكرخي
في مختصره والاضاحي واجبة عند ابي حنيفة وزفر ومحمد والحسن بن زياد واحدى
الروايتين عن ابي يوسف روى الوجوب عن ابي يوسف محمد بن الحسن والحسن بن زياد
وهشام بن عبيد الله الرازي وروي عن ابي يوسف في الجوامع انها سنة ولست
بواجبة الى هنا لفظ الكرخي والجوامع اسم كتاب في الفقه صنفه ابو يوسف
وعند مالك والشافعي واحمد هي سنة كذا ذكروا في كتبهم وقال الامام الاسبيجابي
في شرح مختصر الطحاوي وذكر الطحاوي في الاختلاف بين اصحابنا وقال في قول ابي
حنيفة واجبة وفي قولهما سنة مؤكدة وكل من يجب عليه صدقة الفطر في باب
صدقة الفطر وجه السنة ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من اراد
ان يضحي منكم فلا ياخذن من شعره واظفاره شيئا فقد علقها بالارادة والواجبات
لا تعلق بالارادة وقال صلى الله عليه وسلم ثلاث كتبت علي ولم تكتب عليكم الضحى
والاضحى والوتر ولان هذه قربة مالية لا تجب على المسافر فلا تجب على المقيم قياسا
على العقيقة كيف ان الشرع سوى بين المقيم والمسافر في العبادات المالية كما في
الزكاة وصدقة الفطر وانما فرق بينهما في البدنيات وهذه قربة مالية فلو كانت
واجبة على المقيم لوجبت على المسافر ووجه الوجوب قوله تعالى فصل لربك وانحر
قيل المراد به الاضحية فقد اوجب نحر الجزور على النبي صلى الله عليه وسلم وما وجب
على النبي صلى الله عليه وسلم وجب على غيره الا اذا قام دليل الخصوص ولا يقال انه قام
دليل الخصوص لقوله عليه السلام ثلاث كتبت علي لانا نقول الكلام في الواجب

عن ابراهيم ان عمر بن الخطاب بعث جيشا ففتح الله عليهم واصابوا غنائم كثيرة فلما اقبلوا بلغ
عمر بن الخطاب انهم قد دنوا فخرج بالناس ليستقبلهم فلما بلغهم خروج عمر بالناس اليهم
لبسوا ما معهم من الحرير والديباج فلما رآهم عمر غضب واعرض عنهم ثم قال القوا ثياب
اهل النار فلما راوا غضب عمر القوها ثم اقبلوا يعتذرون فقالوا انا لبسنا لنريك ما فتح الله
الذي افاء علينا قال محمد ذكر عن عمر انه رخص في العلم الاصبع والاصبعين والثلاث والاربع
قال محمد وبه ناخذ وهو قول ابي حنيفة وحدث صاحب السنن باسناده الى ابي عثمان النهدي
قال كتب عمر الى عتبة بن فرقد ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الحرير الا ما كان هكذا وهكذا
اصبعين وثلاثة واربعة وحدث صاحب السنن ايضا باسناده الى ابي عمر مولى اسماء
بنت ابي بكر قال رايت ابن عمر في السوق اشترى ثوبا شاميا فيه خط احمر فرده فاتيت اسماء
فذكرت ذلك لها فقالت يا جارية ناوليني جبة رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخرجت من طيالسة
جبة مكفوفة الجيب والكمين والفرجين بالديباج وحدث صاحب السنن ايضا باسناده الى
ابن عباس رضي الله عنهما قال انما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الثوب المصمت من الحرير
فاما العلم من الحرير وسدى الثوب فلا باس به وحدث الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى
سويد بن غفلة ان عمر بن الخطاب خطب بالجابية فقال نهى نبي الله صلى الله عليه وسلم عن لبس
الحرير الا موضع اصبعين او ثلاث او اربع وحدث الطحاوي ايضا باسناده الى ابي عثمان
النهدي قال اتانا كتاب عمر ونحن باذربيجان مع عتبة بن فرقد ان رسول الله صلى الله عليه
نهانا عن الحرير الا هكذا قال فما علمنا انه الا الاعلام وحدث الطحاوي باسناده الى نافع عن ابن عمر
قال ابصر رسول الله صلى الله عليه وسلم حلة سيراء على عطارد فكرهها له ونهاه عنها ثم انه
كساها عمر فقال يا رسول الله قلت في حلة عطارد ما قلت وتكسونيها فقال اني
لم اكسكها لتلبسها انما اعطيتكها لتلبسها النساء نعلم بهذه الاحاديث ان النهي عن لبس الحرير
للرجال دون النساء وبعض اباحوا للرجال ايضا لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
خرج وعليه قباء من ديباج مزرر بذهب فقال يا مخرمة هذا خبأناه لك فاعطاه اياه
ذكره الطحاوي في شرح الآثار منقول هذا الكلام ثم نسخ بما روينا وبعض الناس كره للنساء ايضا
لما حدث الطحاوي عن ابي بكرة عن ابي داود عن شعبة قال اخبرني ابو ذبيان قال سمعت
ابن الزبير يخطب يقول يا ايها الناس لا تلبسوا نساءكم الحرير فاني سمعت عمر بن الخطاب يقول

سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من لبس الحرير في الدنيا لم يلبسه في الاخرة قالا انه من لم يلبس
في الاخرة لم يدخل الجنة وجوابه ان المراد منه الرجال دون النسا وليس المراد منه العموم بدليل
قوله عليه السلام حل لاناثهم وبدليل حديث ابن عمر في حلة عطارد حيث اباح النبي صلى الله عليه وسلم
للنسا قوله قال ولا باس بتوسده والنوم عليه عند ابي حنيفة وقالا يكره اي قال القدوري
في مختصره وقال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة رضه انه كره لبس الحرير والديباج ولم ير بتوسده
والنوم عليه باسا وقال محمد اكره ذلك كله الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير ولم يذكر فيه قول ابي يوسف
كما ترى وهذه من الخواص وقد ذكر الكرخي في مختصره قول ابي يوسف مع محمد وتبعه القدوري
وغيره قال الكرخي قال ابو حنيفة لا باس بافتراش الحرير والديباج والنوم عليه وكره ذلك
ابو يوسف ومحمد وقال بشر عن ابي يوسف احب الي ان لا يفعل الى هنا لفظ الكرخي رح وذكر الفقيه
ابو الليث قول ابي يوسف كقول ابي حنيفة في شرح الجامع الصغير وكذلك الاختلاف في ستر الحيطان
وتعليقه على الابواب يعني لا باس به عند ابي حنيفة ويكره عند محمد لهما العمومات في تحريم الحرير
وهي تشمل اللبس والتوسد جميعا ولانه تشبه بزي المترفين من الاعاجم وذلك حرام لما روي
عن عمر رضي الله عنه انه قال اياكم وزي الاعاجم وعن سعد بن ابي وقاص انه قال لان اتكي
على جمر الغضا احب الي من ان اتكي على حرير ولانه لا يكون لبسه فلا يكون افتراشه كالذهب
ولابي حنيفة رضي الله عنه ما روى اصحابنا في كتبهم ان النبي عليه السلام جلس على وسادة حرير
فيها طيور وان انس رضي الله عنه كان من مشاهير الصحابة وزهادهم وكان خادم رسول الله
صلى الله عليه وسلم منذ قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة الى وفاته فلو لم يكن ذلك جايزا
لما فعل وعن ابي راشد قال رايت على فراش ابن عباس او مجلسه مرفقة من حرير والمرفقة
بكسر الميم وسادة الاتكا ولان القليل من الملبوس حلال وهو العلم فكذا القليل من اللبس وهو التوسد
والافتراش لانه ليس باستعمال كامل وذلك لان التوسد والافتراش والنوم عليه استعمال وضع
مع ذلك انتهى ان يقصر معنى الاستعمال والتزين به فلم يتعد حكم التحريم من اللبس الذي هو
الاستعمال الكامل اليه فلم يحرم بل كان ذلك تقليلا للبس وهو ذجا ترغيبا في نعيم الاخرة
ونقل فخر الاسلام عن نوادر هشام ان محمدا كره لبس الديباج والابريسم وقال في الفتاوى
الصغرى ولا باس بتكة الحرير عند ابي حنيفة قوله والجامع كونه انموذجا وهو بفتح النون
معرب بمعنى الانموذج بحكم الهمزة يعني ان القدر من الدنيا يعلم ما اعد له في الاخرة منها

ويرغب

ويرغب فيها يكون سببا لتحصيل ذلك قوله قال ولا باس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما
اي قال في مختصر القدوري وصورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي
الله انه كان لا يرى باسا بلبس ما كان سداه حريرا ولحمته غير ذلك وكره ما كان لحمته حريرا
وسداه غير حرير في غير الحرب ولا يرى باسا في الحرب وما كان حريرا كله فانه يكره
في كل شيء وقال ابو يوسف ومحمد لا باس بلبس الحرير والديباج في الحرب الى هنا لفظ اصل
الجامع الصغير اما لبس ما سداه حرير ولحمته غير حرير لا يكره في الاحوال كلها لان عامة
الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز سداه من الحرير ولان السدى يصير مستورا
باللحمة فكان بمنزلة الحشو بخلاف ما كان لحمته من الحرير لان اللحمة تكون على ظاهر الثوب
ترى وتشاهد وتلاقي البشرة فكان تزينا باللبس هكذا نقل عن الشيخ الامام ابي منصور
الماتريدي وهذه النكتة تقتضي ان السدى لو كان ظاهرا كالعتابي يكره لبسه ولان الثوب
انما يصير ثوبا بالنسج وهو تركيب السدى باللحمة فكان صيرورته ثوبا مضافا الى اللحمة
لان الشيء اذا تعلق وجوده بعلة ذات وصفين يضاف الى اخرهما وجودا فهذه النكتة
تقتضي اباحة العتابي ونحوه واما لبس ما كان لحمته حريرا وسداه غير ذلك لا باس به في
الحرب لان لبس الحرير يباح عند الضرورة الا ترى الى ما روى البخاري وغيره مسندا الى
انس رضي الله عنه قال رخص النبي صلى الله عليه وسلم للزبير وعبد الرحمن في لبس الحرير
لحكة بهما والحاجة الى لبسه في الحرب شديدة لان التهيب بصورته وهو بريقه ولمعانه ولونه
واثر في دفع معرة السلاح لان الحرير يدفع معرة السلاح واما ما هو حرير كله فلا يباح في الحرب
ايضا عند ابي حنيفة وقالا لا باس به في الحرب لما روى الشعبي ان النبي صلى الله عليه وسلم
رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب لان الحاجة ماسة الى ذلك لان ما خلص منه ادفع
لمعرة السلاح واهيب ولابي حنيفة رضي الله عنه عموم قوله عليه الصلاة والسلام هذان
محرمان على ذكور امتي ولم يفصل بين الحرب وغيرها وروي عن الحسن البصري انه كره لبس
الحرير في الحرب وعن عكرمة هكذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ولان الحرام
لا يباح الا عند الضرورة والضرورة تندفع بالادنى وهو المخلوط وهو ما كان لحمته حريرا فلا
حاجة الى المصير الى الحرير الخالص وبعوداه البريق واللمعان انما يكون في ظاهره واللحمة
تكون على الظاهر وانه يدفع معرة السلاح ايضا والمخلوط وان كان حريرا في الحكم ففيه شبهة الغزل

فكان دون الحرير الخالص والضرورة اندفعت بالادنى فلا يصار الى الاعلا والجواب عما رواه
الشعبي فنقول لا نسلم انه صحيح ولئن سلمنا فنقول ذاك محمول على المخلوط ولا نزاع في جوازه
وانما حملنا عليه توفيقا بين المبيح والمحرم والشعبي اسمه عامر بن شراحيل من كبار التابعين
وكان مولده لست سنين مضت من خلافة عثمان وقال الواقدي انه مات سنة خمس ومائة
وهو ابن سبع وسبعين سنة قوله ولا باس بلبس ما سداه حرير ولحمته غير حرير اي قال في
الجامع الصغير وصورتها فيه ذكرناها قبل هذا يعني في الحرب وغيرها بالاتفاق والبيان مر انفا
قوله وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير فلا باس به للضرورة ويكره في غيرها لانعدامها
في الحرب م
اي لانعدام الضرورة وهذه مسئلة الجامع الصغير وهي بالاتفاق وقد مرت صورتها مع بيانها
قوله على ما بينا اشارة الى قوله لان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة قوله ولا يجوز
للرجال التحلي بالذهب اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا بالفضة الا بالخاتم والمنطقة
وحلية السيف من الفضة والاصل فيه قوله عليه السلام هذان محرمان على ذكور امتي فيكون
التحلي حراما بهذا الحديث بالذهب والفضة في معناه لانهما جنس واحد ولهذا يضم احدهما
الى الاخر في الزكاة بالقيمة عند ابي حنيفة وبالاجزاء عندهما فيكون التحلي بالفضة ايضا حراما
الا ان التختم بها جاء لورود السنة بذلك ولان في التحلي بالذهب والفضة تشبها بالنساء
والتشبه بهن حرام بدليل ما روي في كتاب اللباس من كتاب السنن مسندا الى ابن عباس
ان النبي صلى الله عليه وسلم لعن المتشبهات من النساء بالرجال والمتشبهين من الرجال بالنساء
رواه البخاري ايضا وروى صاحب السنن ايضا مسندا الى ابي هريرة رضي الله عنه قال لعن رسول
الله صلى الله عليه وسلم الرجل يلبس لبسة المراة والمراة تلبس لبسة الرجل وروى صاحب السنن
ايضا باسناده الى ابن ابي مليكة قال قيل لعائشة ان امراة تلبس النعل فقالت لعن رسول الله
الرجلة من النساء وروى ابو محمد الاصبهاني في كتاب اخلاق النبي صلى الله عليه وسلم باسناده
الى مرزوق قال صقلت سيف النبي صلى الله عليه وسلم ذا الفقار فكانت قبيعته من فضة وفي وسطه
بكرة او بكرات فضة وفي قيده حلق فضة وقال في شرح الاقطع فاما الخاتم والمنطقة وحلية
السيف فقال ابو يوسف قد جاء في ذلك اثار تقتضي الرخصة فيها قوله وفي الجامع الصغير
ولا يتختم الا بالفضة وقال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه قال لا
يتختم الا بالفضة وكان لا يرى باسا بالعقيق يكون فيه الحجر فيما سوى ذهب الى هنا لفظ اصل الجامع

الصغير

الصغير وهي من الخواص وهذا نص على ان التختم بالحجر الذي يقال له يشب حرام لانه اطلق في النهي
حيث قال لا يتختم الا بالفضة ومن الناس من اباح التختم بذلك لان النهي ورد عن التختم بالذهب
والحديد والصفر وليس هو من جملتها قال شمس الائمة السرخسي في شرح الجامع الصغير ثم لظاهر
لفظ الكتاب كره بعض مشايخنا التختم باليشب والاصح انه لا باس بذلك وان مراده كراهة
التختم بالذهب والحديد على ما ورد به الاثر انه زي اهل النار فاما اليشب ونحوه فلا باس
بالتختم به كالعقيق فقد ورد الاثر ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يتختم بالعقيق
الى هنا لفظ شمس الائمة ومن الناس من اباح التختم بالذهب لما روى الطحاوي في
شرح الاثار باسناده الى محمد بن مالك قال رايت على البراء خاتما من ذهب فقيل له فقال
قسمه رسول الله صلى الله عليه وسلم فالبسنيه وقال البس ما كساك الله عز وجل ورسوله
وحدث الطحاوي ايضا باسناده الى مصعب بن سعد قال رايت في يد طلحة بن عبيد الله
خاتما من ذهب ورايت في يد صهيب خاتما من ذهب ورايت في يد سعد خاتما من ذهب
وحدث الطحاوي ايضا باسناده الى يحيى بن سعيد بن العاص ان سعيد بن العاص رضي الله عنه
تلو في يده خاتم من ذهب ولنا ان النهي عن استعمال الذهب والفضة والشرب في انية
الذهب والفضة سواء ثم لما جاز التختم بالفضة دل ذلك على جواز التختم بالذهب
لعلة وجه قول عامة الفقهاء ما حدث البخاري في الصحيح مسندا الى نافع عن ابن عمر
رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اتخذ خاتما من ذهب وجعل فصه مما يلي
باطن كفه ونقش فيه محمد رسول الله فاتخذ الناس مثله فلما راهم اتخذوها رمى به
وقال لا البسه ابدا ثم اتخذ خاتما من فضة فاتخذ الناس خواتيم الفضة قال ابن عمر
فلبس الخاتم بعد النبي صلى الله عليه وسلم ابو بكر ثم عمر ثم عثمان حتى وقع من عثمان
في بئر اريس وروى الطحاوي باسناده الى علي بن ابي طالب قال نهاني رسول الله عن
تختم الذهب وروى الطحاوي ايضا باسناده الى البراء قال نهانا رسول الله عن خاتم
الذهب وروى ايضا باسناده الى عمران بن حصين وابي هريرة قالا نهى رسول الله
عن خاتم الذهب وروى صاحب السنن باسناده الى عبد الله بن بريدة عن ابيه ان
رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم وعليه خاتم من شبه فقال له ما لي اجد منك
ريح الاصنام فطرحه ثم جاء وعليه خاتم من حديد فقال ما لي ارى عليك حلية اهل النار

مطرحه فقال يا رسول الله من أي شيء أتخذه فقال اتخذه من ورق ولا تتمه مثقالا
تعلم بما رويناه أن التختم بالذهب والحديد والصفر حرام فالحق اليشب بذلك لانه قد
يتخذ منه الاصنام فاشبه الشبه الذي هو منصوص معلول بالنص والجواب عن حديث
الحجر فنقول ان ذلك منسوخ بما روينا وقال في الجامع الصغير وكان لا يرى بأسا بالفص
يكون فيه الحجر فيجعل فيه مسمار ذهب وهذا ان الحجر في الفص والمسمار من الذهب فيه لا يكره
لانه قليل تابع للحلقة حيث كان مغيبا فيه والعبرة للمتبوع لا للتابع فصار كالعلم الحرير
ونقل صاحب الاجناس عن المأخوذ به للحسن لا بأس للرجل ان يتخذ خاتما من فضة فصه
منه وان جعل فصه من جزع أو عقيق أو فيروزج أو ياقوت أو زمرد فلا بأس
وان نقش عليه اسمه واسم ابيه أو ما بدا له من ذكر الله كقوله ربي الله أو نعم القادر الله
فلا بأس قال وانما يتختم القاضي أو السلطان قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير
ثم التختم انما يكون سنة اذا كانت له حاجة الى التختم بان كان سلطانا أو قاضيا أما اذا
لم يكن محتاجا الى التختم فالترك افضل فان تختم ينبغي ان يجعل الفص الى باطن الكف
لا الى ظهر الكف بخلاف النسوان فانهن لا يفعلن هكذا ولا بأس لهن بذلك وقال
في الاجناس وينبغي ان يلبس خاتمه في خنصره اليسرى ولا يلبسه في اليمنى ولا في غير خنصره
اليسرى من اصابعه وسوى الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير بين اليمين واليسار
وهو الحق لانه اختلفت الروايات عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك روى صاحب
السنن باسناده الى علي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يتختم في يمينه وروى ايضا باسناده
الى ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يتختم في يساره وكان فصه في باطن كفه وروى
صاحب السنن باسناده الى محمد بن اسحق قال رأيت على الصلت بن عبد الله بن نوفل
بن عبد المطلب خاتما في خنصره اليمنى فقلت ما هذا فقال رأيت ابن عباس يلبس خاتمه
هكذا وجعل فصه على ظهرها قال ولا يخال ابن عباس الا قد كان يذكر ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم كان يلبس خاتمه كذلك وما قال بعضهم ان التختم في اليمين من علامات اهل البغي
ليس بشيء لان النقل الصحيح عن رسول الله ينفي ذلك قال قال ولا يشد الاسنان بالذهب
ويشد بالفضة وهذا عند ابي حنيفة وقال محمد لا بأس بالذهب ايضا اي قال في الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يتحرك سنه قال لا يشدها بالذهب

وقال محمد لا باس

وقال محمد لا بأس به وكان ابو حنيفة لا يرى بأسا ان يشدها بالفضة الى هنا لفظ اصل الجامع
الصغير قال فخر الاسلام البزدوي هذا اشارة الى ان قول ابي يوسف مثل قول ابي حنيفة
وروي عنه في الاملاء مثل قول محمد وهو قوله الاخر الذي رجع اليه وذكر في الامالي عن ابي حنيفة
انه لم ير بالذهب بأسا ايضا الى هنا لفظ فخر الاسلام وقال الكرخي في مختصره قال بشر عن ابي
يوسف في كتاب الاشربة من الاملاء ولو ان رجلا تحركت ثنيته ولم تسقط فخاف سقوطها
فشدها بذهب او فضة لا بأس به في قول ابي حنيفة رواية وفي قول ابي يوسف واشبه هذا
كالحلي هذا يشبه المسمار في الفص ثم قال الكرخي فيه فان سقطت ثنية رجل فان ابا حنيفة كان
يكره ان يعيدها ويشدها بفضة او ذهب ويقول هي كسن ميتة احدها فشدها مكانها
ولكن يأخذ سن شاة ذكية يشدها مكانها وخالفه ابو يوسف فقال لا بأس بان يشد
ثنيته في موضعها قال ولا يشبه سنه سن ميتة استحسن ذلك وبينهما فصل عندي وان لم
يحضرني ذلك ثم قال الكرخي وقال بشر عن ابي يوسف في نوادره قال ابو حنيفة لا
بأس بان يشدها بالفضة ما لم تقع فاذا وقعت فلا خير ان يشدها بذهب ولا فضة فاذا لم
تقع فانه يكره الذهب وهو قول ابي يوسف ثم رجع ابو يوسف فقال لا بأس ان يشدها
بالذهب وقال بشر عنه في موضع اخر من نوادره قال ابو يوسف انه لا بأس به لانه ليس بحلية
فلا بأس ان يشدها اذا وقعت ولا بأس ان يعيدها الى هنا لفظ الكرخي في مختصره
ونقل في الاجناس عن كتاب الكراهية املاء لو قطع قطعة من الاذن فخيطت فالتامت
ترك بحالها ولا تقلع وجه قول محمد ما روى الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى عرفجة
ابن اسعد انه اصيب انفه يوم الكلاب في الجاهلية فاتخذ انفا من ورق فانتن عليه
فشكا ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم فامره ان يتخذ انفا من ذهب ففعل وجه الاستدلال
ان النبي صلى الله عليه وسلم اباح لعرفجة ان يتخذ انفا من ذهب اذ كان لا ينتن مقام
الفضة التي كانت تنتن فكذلك لا بأس ان يشد السن بالذهب بدلا من الفضة
لانه لا ينتن فلما اباح النبي صلى الله عليه وسلم الانف الذهب بدلا من الفضة لعلة ان
الفضة تنتن جاز لنا ان نجري هذا الحكم في كل موضع تنتن الفضة فيه ان يستعمل
الذهب بدلا عنه والشيخ ابو جعفر الطحاوي اخذ بقول محمد في شرح الآثار ولابي حنيفة
رضي الله عنه قوله عليه الصلاة والسلام هما محرمان على ذكور امتي حل لاناثهم الا ان

الحرام منه يستباح لاجل الضرورة والضرورة ترتفع بالادنى وهو الفضة فلا حاجة الى الاعلى
وهو الذهب الا ترى ان التختم بالفضة مباح دون التختم بالذهب وفي الانف لا تندفع الضرورة
بالادنى فصير الى الاعلى قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير اشار في السير الكبير
ان مسئلة الانف على الاتفاق اذا انتن او خيف ذلك يعني يجوز وصل الانف بالذهب
اتفاقا اذا انتن او خيف النتن وذكر الامام الاسبيجابي في شرح مختصر الطحاوي
اختلافا في الانف ايضا يعني يكره وصل الانف بالذهب ايضا عند ابي حنيفة ولنا في صحة
ذلك نظر لانه لم يثبت في كتب محمد بن الحسن والكرخي والطحاوي وايضا ان الجواز في الانف
منصوص عليه فكيف يخالف ابو حنيفة النص ومحمد ايضا يقيس شد السن بالذهب على
وصل الانف بالذهب فلولا انه مجمع عليه فكيف يصح قياسه فعرفت من هذا ان الصحيح
من رواية المنظومة وجوزوا في وصل الانف مذهب باسناد الفعل الى ضمير الجماعة او ما يرى
نع يعني الانغ وجوزا الوصل الانف مذهب باسناد الفعل الى ضمير الاثنين وكان التشبيه لا قولي
وجوزا اي وصل الانف مذهب باسناد الفعل الى ضمير الاثنين وحرفي لان في تخصيص مذهبهما
نفي مذهب ابي حنيفة حتى يكون مخالفا في ذلك وليس مذهبه في الانف كذلك لما قلنا فعلمت
من هذا ان مخطي النسخ من مصححي الرد ابين خطأ وما وقع فيه الاعمى قلة الفكر لهم
وجه قول ابي حنيفة في ان السن اذا سقطت لا تعاد لانها بان من الحي ميت ولابي يوسف
ان السن لا تنجس بالموت وانما يكره سن غيره لانه مستخبث طبعا وهذا المعنى لا يوجد
في سن نفسه وللخائر ان يقول لما عدة المجهد لا نسلم ان الضرورة في شد السن ترتفع بالفضة
لانها تنتن فكانت الحاجة الى الذهب ماسة قوله يوم الكلاب الكلاب بضم الكاف وتخفيف
اللام اسم وادي بين الكوفة والبصرة كانت فيه وقعة عظيمة للعرب في حربها طول الحرب
فيها اشعار منها قول امرء القيس وقد طوفت في الافاق حتى رضيت من الغنيمة بالاياب
واعلم انني عما قليل سانشب في شب ظفر وناب كما لاقى ابي حجر وجدي ولا انسى قتيلا بالكلاب
وسابك حرب ومنها قول الفرزدق شيوخ منهم عدس بن زيد وسفيان الذي ورد الكلابا
ومنها قول الاخطل ابني كليب ان عمي اللذا قتلا الملوك وفككا الاغلالا وافرها
السفاح ظمى خيله حتى وردن جبى الكلاب نهالا تخرجن من ثغر الكلاب عليهم خبب
السباع تبادر الاوشالا احد عمية ابو حنش قاتل شرحبيل بن الحرث بن عمرو اكل المرار يوم

الكلاب

الكلاب الاول والاخر دكس بن الغدد كس والسفاح هو سلمة بن خالد بن كعب بن زهير سمي به لانه
لما دنا من الكلاب عمد الى مزاد اصحابه فشققها وسفح ما بها وقال لهم ما لكم الا ماء العدو فقاتلوا او دعوا
والنهال العطاش وجبى الكلاب ماء بين جبيبة اذا اجمعته والوشل الماء في الجبل يتحدر انحدارا
ضعيفا والباقي يعرف في شرح ديوان الاخطل وغيره قوله قال ويكره ان يلبس الذكور من الصبيان
الذهب والحرير اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الصبي يجب ان يعود ما يجوز في الشريعة
دون ما لا يجوز بيان ذلك الا ترى انا نمنعهم من شرب الخمر ونأخذهم بالصوم والصلاة ليالفوا
ذلك كذلك نجنبهم لبس الحرير والذهب ليالفوا ذلك كذا في شرح الاقطع قال ويكره الخرقة التي تحمل قوله
فيمسح بها العرق اي قال القدوري رحمه الله في مختصره وذلك لان الصبي يجب ان يعود
ما يجوز في الشريعة دون ما لا يجوز ليالفوا ذلك الا ترى انما نمنعهم من شرب الخمر ونأخذهم
بالصوم والصلاة ليالفوا ذلك لذلك نجنبهم لبس الحرير والذهب ليالفوا ذلك كذا
في شرح الاقطع رحمه الله قوله قال ويكره الخرقة التي تحمل فيمسح بها العرق اي قال
في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمهم الله انه كان يكره هذه
الخرقة التي يمسح بها العرق وهذه من الخواص قال فخر الاسلام البزدوي رحمه الله في شرح
الجامع الصغير وكذلك الخرقة التي يتمخط فيها يكره ايضا وكذلك الخرقة التي يمسح
بها الوضوء بعد التوضؤ يجب ان يكره قال وانما يكره ذلك لانه بدعة
محدثة لم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا احد من الصحابة يفعلونها وانما يعني بفعل
ذلك وانما كانوا يتمسحون باطراف ارديتهم وقد قال محمد رحمه الله في كتاب
الاثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم في الرجل يتوضا فيمسح وجهه بالثوب
قال لا باس ثم قال ارايت لو اغتسل في ليلة باردة ايقوم حتى يجف قال محمد وبه
ناخذ ولا نرى بذلك باسا وهو قول ابي حنيفة رضي الله عنه الى هنا لفظ كتاب
الاثار ولانه نوع كبر وتجبر وتشبه بزي العجم فيكره لما روي عن عمر رضي الله عنه
انه قال اياكم وزي العجم وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله في شرح الجامع الصغير
وكان الفقيه ابو جعفر يقول انما يكره ذلك اذا كان شيئا نفيسا لان في ذلك فخرا وكبرا
او تشبه ذلك بزي العجم واما اذا لم تكن الخرقة نفيسة فلا باس لانه لم يكن فيه كبر
وقال فخر الاسلام البزدوي رحمه الله في شرح الجامع الصغير وذلك لبعض مشايخنا

المتاخرين ان المسلمين قد استعملوا في عامة البلدان مناديل الوضوء والخرق لدفع الاذا
عن لبس اللباس والبال وما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن فيجوز ان يصير ذلك
مستحسنا باجماع المسلمين قال فخر الاسلام وحاصله ان من فعل من ذلك شيا تكبرا فهو
مكروه ومبتدع ومن فعل للحاجة والضرورة لم يكره ونظيره التربع في الجلوس والاتكا قد يفعله
الرجل للضرورة والحاجة فلا يكره قال في اخر كتاب السنن مسندا وجابر بن سمرة
قال كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا صلى الفجر تربع في مجلسه حتى تطلع الشمس حسنا وقال
ابو عيسى الترمذي رحمه الله في جامعه حدثنا سفين بن وكيع قال ثنا عبد الله بن وهب
عن زيد بن حباب عن ابي معاذ عن الزهري عن عروة عن عايشة رضي الله عنها قالت كانت لرسول
الله صلى الله عليه وسلم خرقة ينشف بها بعد الوضو وقال ثنا قتيبة قال ثنا رشدين بن سعد
عن عبد الرحمن بن زياد بن انعم عن عتبة بن حميد عن عبادة بن نسي عن عبد الرحمن بن غنم
عن معاذ بن جبل قال رايت النبي صلى الله عليه وسلم اذا توضا مسح وجهه بطرف ثوبه قال ابو
عيسى هذا حديث غريب واسناده ضعيف ورشدين بن سعد وعبد الرحمن بن زياد
ابن انعم الافريقي يضعفان في الحديث وقال ابو عيسى رحمه الله حديث عايشة ليس بالقايم
ولا يصح عن النبي صلى الله عليه وسلم في هذا الباب شي وابو معاذ يقولون هو سليمان بن ارقم
وهو ضعيف عند اهل الحديث ثم قال ابو عيسى وقد رخص قوم من اهل العلم من اصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن بعدهم في التمندل بعد الوضوء ومن كرهه انما
كرهه من قبيل انه قيل ان الوضوء يوزن وروي ذلك عن سعيد بن المسيب والزهري
قال الزهري رحمه الله انما اكره المنديل بعد الوضوء لان الوضوء يوزن **قوله**
ولا باس بان يربط الرجل في اصبعه او خاتمه الخيط للحاجة وهذه من خواص الجامع
الصغير وذلك لانه لو كره انما يكره لكونه عبثا وهذا ليس بعبث لانه يتعلق به غرض
فايدة وهو التاكيد في رعاية حق المسلمين ليكون ذلك اقرب الى التذكر وابعد من
النسيان عن التقصير فلما كان كذلك لم يكن به باس بل كان حسنا وفيه ضرب من
التواضع ايضا لما فيه من ترك الاعتماد على حفظه قال الفقيه ابو الليث رحمه الله في شرح
الجامع الصغير انه عليه الصلاة والسلام كان يفعل ذلك ويسمى ذلك الخيط رتمة بالفتحات
الثلاث وجمعها رتم والفقهاء ايضا تسمى رتيمة ايضا وجمعها رتايم يقال ارتمت الرجل

ارتاما

ارتاما اذا عقدت في اصبعه خيطا يستذكر به حاجته كذا قال ابو عبيد في غريب المصنف واستدل
على ذلك بما انشده ابو زيد **وقوله** هل ينفعنك اليوم ان همت لهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم
وقال ابن دريد في الجمهرة والرتيمة شي كان يفعله اهل الجاهلية كان الرجل اذا اراد سفرا عمد
الى شجرتين متقاربتين فعقد غصنين منهما فاذا رجع من سفره فان كان الغصنان
بحالهما علم انه لم تخن في اهله وان كانا منحلين ظن باهله ظن سوء انما ارتمت
وترتمت اذا فعلت ذلك كذا قال صاحب الجمهرة فعلى ما ذكرا يكون الرتم بمعنى الخيط
وقال ابن السكيت في كتاب الاصلاح والرتم شجر قال الراجز نظرت والعين مبينة التهم
الى سنا نار وقودها الرتم شبت باعلى عاندين من اضم وقوله وتعقاد
والرتم كان الرجل اذا اراد في سفر عمد الى هذا الشجر فعقد بعض اغصانه
ببعض فان رجع من سفره واصابه على تلك الحالة قال لم تخني امراتي وان اصابه
وقد تحل قال قد خانتني الى هنا لفظ كتاب الاصلاح وشبت النار اذا اشعلت
انما الاشد بيرا وشبت ما موقدها ليبسها سنا واضم موضع معروف وسنا النار
ضوها مقصور والوقود بالفتح ما يشعل به النار وقوله والعين مبينة التهم
اي تكشف التهمة لان المشاهدة تحقق وترتفع بها التهمة ومعنى البيت الثاني
تقول هل ينفعك ان همت امراتك وصيتك لها واقامتك من يحفظها وتعقادك
الشجر وقوله همت لهم اي بتي تريده يعني انها كانت عفيفة حفظت نفسها
فانه لم تكن كذلك فلا حيلة فيها كذا قال ابو محمد يوسف بن الحسن بن عبد الله
السيرافي في كتاب الزبرج في شرح الاصلاح والتعقاد مصدر بمعنى العقد على وزن
التفعال كالتلعاب والتهدار والبيت يراد به الثقات من اهل اللغة هل ينفعك بلفظ
هل وهو القياس في كلام العرب والفقها رووه في كتبهم لا ينفعنك بحرف النفي وليس
كذلك بقياس لان نون التاكيد لا تدخل في النفي الا نادرا في الشعر وقوله همت بتا التانيث
وهي رواية الثقات وروى بعضهم همت بتا خطاب المذكر على حذف احد
الميمين وذلك ضعيف وجعله من قبيل قوله احسن به فهن اليه شوس
فصل والنظر واللمس والقبلة قال ولا يجوز ان ينظر الرجل الى الاجنبية الا الى
وجهها وكفيها اي قال القدوري رحمه الله في مختصره وهو مذهب ما ذكره الشافعي

رضي الله عنهما ايضا والاصل فيه قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم ويحفظوا فروجهم
ذلك ازكى لهم ان الله خبير بما يصنعون وقل للمؤمنات يغضضن من ابصارهن ويحفظن فروجهن
ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها ومواضع الزينة الراس لانه موضع الاكليل والشعر لانه موضع
العقاص والعرنبات والاذن لانها موضع القرط والعنق لانه موضع القلادة والصدر لانه موضع
الوشاح والعضد لانه موضع الدملوج والذراع لانها موضع السوار والساق لانه موضع الخلخال
وذكر الزينة واراد مواضعها للمبالغة في التستر ويحل النظر للاجانب الى مواضع الزينة
الظاهرة وهي التي استثناها الله تعالى بقوله تعالى الا ما ظهر منها وفيه اختلاف فاعامة
العلما رحمهم الله المراد منه الوجه والكف لان الوجه موضع الكحل والكف موضع الخاتم
والخضاب وقد روى الطحاوي رحمه الله في شرح الاثار باسناده الى سعيد بن جبير
عن ابن عباس رضي الله عنهم ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال الكحل والخاتم يؤيده
ما ذكر في كتاب السنن في كتاب اللباس باسناده الى عايشة رضي الله عنها ان اسما
بنت ابي بكر رضي الله عنهما دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم ثياب رقاق
فاعرض عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا اسما ان المراة اذا بلغت المحيض
لم يصلح ان يرى منها الا هذا وهذا واشار الى وجهه وكفيه وقال بعضهم المراد منه
الملاة والبرقع والخفاف ولا يحل النظر للاجانب وكفيه الا الى ملاتها وبرقعها
وخفيها الظاهرة وهو قول ابن مسعود رضي الله عنه وقد روى الطحاوي باسناده
الى ابي الاحوص عن عبد الله بن مسعود قال الا ما ظهر منها الثياب والجلباب وروي
ايضا باسناده الى منصور عن ابراهيم رضي الله عنهم قال هو ما فوق الدرع وقال في تفسير
التيسير قال بعض الناس الكحل للعين خاصة ولا يباح غيرها وقالت عايشة رضي الله
عنها هي مضطرة الى كشف عين واحدة للمشي ولا ضرورة في غير ذلك فلا يباح لها
الابدا ولا اغيرها النظر الا في عين واحدة وقلنا انها قد تضطر الى الخروج للبيع
والشرا وتحتاج الى الاخذ والاعطا وتحتاج الى كشف العينين للمشي وفي كشفهما كشف
بعض الوجه وفي المناولات كشف الكفين وعن اصحابنا روايتان في القدم ففي
ظاهر الرواية لا يحل النظر اليها ولا يباح النظر الى غير الوجه والكف وقال الكرخي
رحمه الله في مختصره قال ابن شجاع عن الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنهم انه ينظر

الى

الى وجهها وكفيها وقدميها الى هنا لفظ الكرخي وذلك لان القدم موضع الزينة الظاهرة
وهي الخضاب بالحنا وقد جعلها صاحب الكشاف من مواضع الزينة الظاهرة وهذا اذا لم
يكن النظر بشهوة فاذا لم يكن بشهوة فلا ينظر الى الكف والوجه ايضا الا لحاجة ويتصل
بيانه بهذا ان شا الله تعالى وعن ابي يوسف رحمه الله انه يباح النظر الى ساعدها ومرفقها
للحاجة الى ابرازها اذا اجرت نفسها للخبز والطبخ ذكره شمس البيهقي رحمه الله في كفايته
قوله قال فان كان لا يامن الشهوة لا ينظر الى وجهها الا لحاجة اي قال القدوري
رحمه الله في مختصره يعني هذا الذي قلنا من جواز النظر الى وجه الاجنبية وكفيها
فيما اذا امن الشهوة لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها فاذا لم
يامن الشهوة لم يحل له النظر الى وجهها الا لحاجة كالشهادة وحكم الحاكم والتزوج
احترازا عن الوقوع في الحرام الا ترى الى ما روى صاحب السنن باسناده الى طاوس عن
ابن عباس رضي الله عنهم قال ما رايت شيا اشبه باللمم مما قال ابو هريرة رضي الله
عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم ان الله كتب على ابن ادم حظه من الزنا ادرك ذلك
لا محالة فزنا العينين النظر وزنا اللسان المنطق والنفس تمنى وتشتهي والفرج
يصدق ذلك ويكذبه وروي ايضا مسندا الى ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى
الله عليه وسلم قال لكل ابن ادم حظه من الزنا بهذه القصة واليدان تزنيان فزناهما
البطش والرجلان يزنيان فزناهما المشي والفم يزني فزناه القبل والاذن
تزني وزناها الاستماع ذكره في كتاب النكاح من السنن وجملة الكلام فيه
ما قال الحاكم الشهيد رحمه الله في مختصره المسمى بالكافي وينظر الى الوجه
والكف منها ما امن الشهوة فاذا اشتهى لم ينظر الا ان يكون دعي الى شهادة
عليها او اراد تزوجها او كان حاكما فنظر ليجيز اقرارها وليشهد الشهود على
معرفتها فلا باس بالنظر اليها في هذه المواضع وان كانت فيه شهوة ولا ينبغي
له ان يمس وجهها ولا يدها اذا كانت شابة ممن تشتهي فاما اذا كانت عجوزا ممن
لا تشتهى فلا باس بمصافحتها ومس يدها فان كان عليها ثياب فلا باس
بتامل جسدها ما لم تكن ثيابا تلزق بجسدها وتصفها حتى تستبين
جسدها فاذا كان كذلك فينبغي له ان يغض بصره عنها الى هنا لفظ الكافي وقال

الولوالجي رحمه الله في فتاواه وينظر الى الوجه والكف منها اما من الشهوة فلو اشتهى
لا ينظر وكذا اذا كان اكثر رايه كذلك ذلك او شك الا ان يكون دعي الى شهادة عليها
او اراد تزوجها او كانت امة اراد شراها او كان حاكما ينظر ليجيز اقرارها ويشهد الشهود على
معرفتها فلا باس من نظر اليها في هذه المواضع وان كانت فيه شهوة فاما الاشهاد في القضا
فلان الاشهاد [illegible] ولا ينبغي له ان يمس وجهها ولا يدها اذا كانت شابة ممن تشتهى فاما اذا كانت
عجوزا ممن لا تشتهى فلا باس بمصافحتها ومس يدها فان كان عليها ثياب فلا باس بتامل
جسدها ما لم تكن ثياب ملزقة بجسدها وتصفها حتى تستبين جسدها فاذا كان كذلك
فينبغي له ان يغض بصره عنها الى هنا لفظ الكافي وقال الولوالجي رحمه الله في فتاواه وينظر
الى الوجه والكف منها اما من الشهوة واذا اشتهى لا ينظر وكذا اذا كان اكبر رايه ذلك او شك
الا ان يكون دعي الى شهادة عليها او اراد تزوجها او كانت امة اراد شراها او كان حاكما ينظر
ليجيز اقرارها ويشهد الشهود على معرفتها فلا باس بالنظر اليها في هذه المواضع وان
كانت فيه شهوة فاما الاشهاد دون القضا فلان الاشهاد لا يصح مع جهالة الوجه والقضا
كذلك فكان فيهما الضرورة وللضرورة الماسة اثر في اباحة المحرم كضرورة المخمصة يباح
بها تناول الميتة بخلاف ضرورة المعاملة لان المعاملة مع مجهولة الوجه جائزة ولكن لا
يعاملها كل احد فلم يكن فيه ضرورة ماسة وفيه حرج فابحنا النظر من غير شهوة للمعاملة
ولم يبح حالة الشهوة واما حالة ارادة النكاح والشرا فلان النظر بشهوة ما حرم
لعينه وانما حرم لانه يصير سببا للوقوع في الزنا والنظر عند ارادة النكاح والشرا
بشهوة يصير سببا للوطي الحلال لا للزنا ولا ينبغي له ان يمس وجه الاجنبية
ولا يدها ان كانت شابة ممن تشتهى لان القياس لا يباح النظر الى وجهها وكفيها
وان كان بغير شهوة لانه في الغالب يصير سببا للشهوة لكثرة الرغبة اليها الا
انا ابحنا النظر لدفع الحرج ولا حرج في ترك المس فبقي داخلا تحت التحريم وهذا اذا
كانت المرأة شابة ممن تشتهى فاما اذا كانت عجوزا ممن لا تشتهى فلا باس بمصافحتها
ومس يدها لما روي عن الحسن البصري رضي الله عنه انه اتته امراة من العابدات
فقال الولد انك شابة لصالحتك وانك ما كبرت لا يجامع مثله ولا مثلها فلا باس
بالمصافحة [illegible] يكره غير ذلك كما في الصغيرة وان كان عليها الثياب فلا باس بتامل جسدها

مالم

مالم يكن ملزقة بجسدها حتى يستبين جسدها لانه حينئذ لم يصف ما تحتها من جسدها
يكون ناظرا الى الثياب فاما اذا كانت الثياب ملزقة بها كثنا التركيبة او كان رقيقا يصف
ما تحته ينبغي له ان يغض بصره عنها لانه حينئذ يكون ناظرا الى اعضائها بوجه يقدر
ما يصف الثياب **قوله** لقوله عليه الصلاة والسلام من نظر الى محاسن امراة اجنبية
عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيامة هكذا ذكر عن الاية الحديث في شرح الكافي ولكن في صحته
نظر والمحاسن جمع الحسن على غير القياس وكانه جمع محسن كذا قاله الجوهري والانك
الاسرب وافعل من ابنية الجمع ولم يجي عليه الواحد الا انك كذا في الصحاح **قوله** لمرض يقال
مرض اذا اقام عليه في مرضه **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله الا بعد تحقق الشهوة **قوله**
قال ويجوز للقاضي اذا اراد ان يحكم عليها ولشاهد اذا اراد الشهادة النظر الى وجهها
وان خاف ان يشتهي به قال القدوري في مختصره وذلك لان الحاجة تدعو الى النظر في هذا الموضع
لغير الشهوة فجاز مع خوف الشهوة كما يجوز للشهود النظر الى العورة عند الزنا ليقيم الشهادة
وعلى هذا اذا اراد ان يتزوجها لما روى الترمذي في جامعه باسناده الى المغيرة بن شعبة
رضي الله عنه انه خطب امراة فقال النبي صلى الله عليه وسلم انظر اليها فانه احرى ان يؤدم بينكما
ولا ينبغي ان يمس شيئا من ذلك اذا كانت ممن تشتهى لان المس اغلظ من النظر لان الشهوة فيه
اكثر فيمنع منه من غير حاجة كذا في شرح الاقطع قال في الغاية والايدام الاصلاح
والموافقة من ادم الطعام وهو اصلاحه بالادام وجعله موافقا للطاعم وقوله ان يؤدم
اصله بان يؤدم فحذف الباء وحذفها مع ان وان كثير والمعنى فان النظر اولى بان اصلاح
وابقاء الالفة والوفاق بينكما ويجوز ان يكون الضمير الشان [illegible] احرى ان يؤدم جملة
في موضع خبر ان **قوله** ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع المرض منها هذا
لفظ القدوري في مختصره وانما جاز للطبيب النظر الى ما لا يحل النظر اليه للضرورة تاثيرا
في اباحة المحرمات بدليل اباحة الميتة والخمر عند الضرورة وخشية التلف قال ظهير الدين اسحاق
الولوالجي رحمه الله في فتاواه ولا يحل النظر الى ما تحت السرة الى الركبة من الرجل والمرأة لاحد من غير
عذر فاذا جا العذر جاز النظر والاعذار منها حالة الولادة ولا باس للقابلة ان تنظر الى فرجها
ومنها حالة الاختتان للرجل ان ينظر من الرجل الى موضع الاختتان لا بعد النظر ومنها اذا
ما به قرح فاحتيج الى الحقنة ومنها اذا اصابت امراة قرحة في موضع لا يحل للرجل ان ينظر

اليها علمت المراة وداها لتداويها وانه لم تتعلم ولا يجد امراة تداويها وخافوا علي المراة
ان تهلك او يصيبها بلا او وجعا من ذلك وجع لا تحتمله ولم يكن للعلاج بد من الرجل يباح
للرجل ان ينظر لكن يستر منها كل شي الا موضع القرحة لان الضرورة تندفع بها وسواء كانا
ذوات المحرم وغيرها لانهما سوا في حرمة النظر الي هذه المواضع ومنها امراة العنين اذا قالت
بعد سنة لم يصل الي وانا بكر فالقاضي يريها النسا ومنها رجل اشتري جارية علي انها بكر
فسلمها فقال وجدتها ثيبا فاراد ردها علي البايع او يمينه علي انه باعها او سلمها
وهي بكر نظر اليها النسا فان قلن هي بكر فلا يمين علي البايع وان قلن هي ثيب استحلف
البايع علي انه باع وسلم وهي بكر فان حلف لم يرد عليه قال هكذا ذكر في مختصر الكافي قال
بعض مشايخنا رحمهم الله هذا الجواب يستقيم فيما اذا اختلفا قبل القبض اما
بعد فلا لانه يحتمل زواله عند المشتري فلا فايدة في اريها النسا والصحيح
انها تري النسا وانه وقع الاختلاف بعد القبض لانه يحتاج الي توجه الخصومة
ولا يمكن من ذلك الا بعد ظهور الحال فكان في الاراءة فايدة قوله لقوله عليه الصلاة
والسلام ابصرها فاحري ان يودم بينكما ولفظ الحديث في جامع الترمذي انظر اليها
وقد مر بيانه قبل هذا قوله وصار نظر الخافضة والختان الخفض للجارية كالختان
للغلام يقال جارية مخفوضة اي مختونة يعني صار نظر الطبيب الي موضع لاجل
النظر اليه كنظر الخافضة والختان اي مختونة يعني صار نظر الطبيب الي موضع لاجل
النظر اليه كنظر الخافضة والختان اليه يعني ان النظر الي العورة الغليظة لا يجوز الا لاجل
العذر والختان عذر لانه سنة موكدة من شعاير الاسلام شعاير الاسلام فلا يجوز
تركها في حق الرجل والمراة جميعا فلا جرم حل النظر للرجل الي عورة الرجل والمراة الي عورة
المراة لاقامة هذا نظر الطبيب الي موضع القرحة اذا لم يكن بد من علاج الرجل مباح
للعذر وهو الحاجة الماسة الي ذلك قوله لانه مداواة اي لان الاحتقان مداواة
يحصل بها ازالة الفضلات الاخلاط الردية ويعرف في موضعه قوله ويجوز
للمرض وكذا للهزال الفاحش اي يجوز الاحتقان للمرض والهزال الفاحش لانه اثر العلة
فيحل نظر المحتقن الي موضع الاحتقان لان الاحتقان لا يتاتي بدونه وذكر شمس
الايمة الحلواني رحمه الله ان الحقنة انما تجوز عند الضرورة فاذا لم يكن ثمة ضرورة ولكن

جبر

فيه منفعة ظاهرة بان كان يتقوي علي الجماع لا يحل واذا كان به هزال فان كان هذا لا يخشي
منه التلف يحل والا فلا قوله قال وينظر الرجل من الرجل الي جميع بدنه الا ما بين السرة سرته
الي ركبتيه اي قال القدوري رحمه الله في مختصره لا ينبغي ان ينظر الرجل من الرجل الي
ما بين سرته الي ركبتيه ولا باس بالنظر الي سرته ويكره النظر منه الي الركبة وكذلك المراة
من المراة وبلغنا عن ابن عمر رضي الله عنهما انه كان اذا اتزر ابدي عن سرته الي هنا لفظ الكرخي
وقال ابو القاسم بن الجلاب المالكي رحمه الله في كتاب التفريع وعورة الرجل فرجاه وفخذاه
ويستحب له ان يستر من سرته وركبته الي هنا لفظ التفريع وقال في وجيز الشافعية رحمهم
الله وعورة الرجل ما بين السرة والركبة الي هنا لفظ الوجيز وهذا اصح الوجهين فيهما وروي
عن الشافعي رضي الله عنه انها عورة وقال اصحاب الظواهر الفخذ ليس بعورة وقال
ابو عصمة سعد بن معاذ المروزي رحمه الله وهو من كبار اصحابنا السرة عورة وقال
الشيخ ابو بكر محمد بن الفضل البخاري الكماري ما تحت السرة الي منبت الشعر من العانة ليس
بعورة وهو ليس بعورة عن مالك ايضا لانه لا يجعل غير الفرجين والفخذين عورة لان الازار قد
ينحط في العمل الي ذلك الموضع فكان فيه ضرورة فابيح النظر الي ذلك للتعامل وجه
قول ابي عصمة ان السرة احد حدي العورة فيعتبر بالاخر وهو الركبة فلا يحل النظر
الي الركبة فكذا الي السرة ولاصحاب الظواهر قوله تعالي فلما ذاقا الشجرة بدت لهما سواتهما
والمراد منهما العورة الغليظة وروي الطحاوي باسناده الي حفصة بنت عمر رضي الله عنهما
قالت كان رسول الله صلي الله عليه وسلم ذات يوم قد وضع ثوبه بين فخذيه
فجا ابو بكر رضي الله عنه فاستاذن فاذن له ثم اخذ رسول الله صلي الله عليه وسلم ثوبه
فتجلله فتحدث ثم انهم خرجوا فقلت يا رسول الله جا ابو بكر وعمر وعلي وناس من اصحابك
وانت علي هيئتك فلما جا عثمان تجللت ثوبك فقال اولا استحي ممن تستحي الملايكة منه
وكذا ما في السرة ما روينا عن ابن عمر رضي الله عنهما انه كان اذا اتزر ابدي عن سرته
ويقوله في الركبة هي ملتقي عظم الفخذ وعظم الساق فيصيب الفخذ منها عورة ونصيب
الساق منها لتعذر الفصل جعلنا المحرم علي المبيح ولنا في الفخذ ما حدث صاحب السنن
مسندا الي زرعة بن عبد الرحمن بن جرهد قال كان جرهد من اصحاب الصفة انه قال
جلس رسول الله صلي الله عليه وسلم عندنا وفخذي منكشفة فقال اما علمت ان الفخذ عورة وروي

صاحب السنن باسناده الى عاصم بن ضمرة عن علي رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تكشف
فخذك ولا تنظر الى فخذ حي ولا ميت ذكره في السنن في كتاب الحمام وروى الطحاوي في اواخر كتاب
الصلاة باسناده الى علي رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الفخذ عورة وروى الطحاوي
ايضا في شرح الاثار باسناده الى مجاهد عن ابن عباس رضي الله عنهما قال خرج النبي صلى الله عليه وسلم
فراى فخذ رجل فقال فخذ الرجل من عورته والجواب عن حديث حفصة رضي الله عنها فسوال
حدث الطحاوي رحمه الله باسناده الى عايشة رضي الله عنها ان ابا بكر رضي الله عنه استاذن
على النبي صلى الله عليه وسلم ورسول الله صلى الله عليه وسلم لابس مرط ام المومنين فاذن له فقضى له
حاجته ثم خرج ثم استاذن عليه عمر وهو على تلك الحال فقضى اليه حاجته ثم خرج فاستاذن عليه عثمان
رضي الله عنه فاستوى جالسا وقال لعايشة رضي الله عنها اجمعي عليك ثيابك فلما خرج قالت
له عايشة رضي الله عنها ما لك لم تفزع لابي بكر وعمر كما فزعت لعثمان فقال ان عثمان رجل كثير
الحيا ولو اذنت له على تلك الحالة خشيت ان لا يبلغ في حاجته قال الطحاوي وهذا هو اصل
الحديث ليس فيه ذكر الفخذين والجواب عن تمسكهم بالاية فنقول تخصيص
الشي بالذكر لا يدل على نفي ما عداه والجواب عن قول محمد بن الفضل رحمه الله ان
التعامل انما يصح العمل به اذا لم يكن ثمة نص بخلافه وقد روي عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم انه قال عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته وكماري بضم الكاف وتخفيف
الميم بعدها الالف بعدها الرا المكسورة وفي اخرها يا ساكنة قرية ببخارى ينسب اليها
الشيخ محمد بن الفضل الكماري قوله والسوءة قال في ديوان الادب السوءة العورة
واراد بها العورة الغليظة وهي الفرجان لان حرمتهما مجمع عليها وفيما سوى ذلك
اختلاف كما ذكرنا وقال شمس الايمة في شرح الكافي في كتاب الاستحسان في حكم العورة
في الركبة اخف منه في الفخذ ولهذا قلنا من راى غيره مكشوف الركبة ينكر عليه برفق
ولا ينازعه ان لج فان راه مكشوف الفخذ انكر عليه بعنف ولا يضربه ان لج
قوله وما يباح النظر للرجل من الرجل يباح المس يعني اذا كان المس من غير شهوة
وبه صرح في التحفة قوله لانهما فيما ليس بعورة سوا لان النظر والمس فيه سوا
فكما يجوز النظر اليه يجوز مسه بغير شهوة قوله قال ويجوز للمراة ان تنظر
من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه اي من الرجل اي قال القدوري رحمه الله في

مختصره

مختصره يعني ينظر المراة الاجنبية من الرجل الى بدنه ما خلا ما بين السرة والركبة الى ان يجاوز الركبة
لان ذلك عورة وما سواه ليس بعورة فحل لها النظر اليه قال في شرح الكافي وهذا اذا كانت
المراة بحيث لو نظرت اليه لا تشتهيه فاما اذا كانت تشتهيه او كان اكبر رايها ذلك
لم يحل لها النظر اليه لما فيه من خوف الفساد لان الرجل قد يحل به مجرد الاعين للحاجة
وتغلب ذلك فلو لم يحل لها النظر اليه لضاق الامر على الناس في ذلك وقال
الولوالجي في فتاواه والمراة اذا نظرت الى الرجل فوقعت في قلبها شهوة او كان ذلك اكبر
رايها او شكت في ذلك فالمستحب ان تغض بصرها عنه وفي الرجل اذا نظر الى المراة
فوقع شهوة او كان ذلك اكبر رايه او شك يحرم عليه النظر اما اذا كان النظر بشهوة
من الرجل فلان النسا اكثر شهوة من الرجال فكثرة الشهوة من جانبها تثبت
اشتهاها من حيث الاعتبار وقد وجد من جانب الرجل حقيقة الاشتها
والاشتها من الجانبين اكثر افضا في الوقوع الى الحرام من الاشتها الذي يتحقق من
جانبيهما من جانب واحد واما اذا كان الناظر بشهوة هي المراة فالاشتهاء ان يحقق
من جانبيهما من حيث الحقيقة لم يعتبر ثابتا من جانب الرجل ومجرد الشهوة من احد
الجانبين في شبهة ما هو حرام دون الشهوة من الجانبين فلهذا قلنا بالاستحباب
في جانب المراة وبالحرمة في جانب الرجل قوله وفي كتاب الخنثى من الاصل
ان نظر المراة الى الرجل الاجنبي بمنزلة نظر الرجل الى محارمه يعني على تلك
الرواية لا تنظر المراة من الرجل الى ظهره وبطنه قوله وهو لصفة المصنف اي
كان في قلبه شهوة او كان في اكبر رايه انه يشتهي او شك في الاشتها قوله
وهذه اشارة الى التحريم وقوله لم ينظر قوله ووجه الفرق اي بين الرجل
والمراة حيث كان نظر الرجل حراما وغض بصرها مستحبا وبيان الفرق مر
انفا حقيقة واعتبارا واي لم توجد الشهوة في جانب الرجل اعتبارا وايضا لعدم
غلبة الشهوة قوله قال وتنظر المراة من المراة الى ما يجوز للرجل ان ينظر
اليه من الرجل اي قال القدوري في مختصره قال المراة الى ما يجوز للرجل
ان ينظر اليه من الرجل اي قال القدوري في مختصره قال شيخ الاسلام علاء
الدين الاسبيجابي رحمه الله في شرح الكافي وكرهه بعض الناس قال لانه

لا صورة اليد الا انا نقول المراة تحتاج الى دخول الحمام والى ان تغتسل في بيتها متجردة والنسا
تدخل عليها فلو لم يجز النظر ادى ذلك الى تضييق الامر على الناس فقلنا بالجواز كالرجل
النظر الى الرجل كذلك يجوز للمراة النظر الى المراة لانعدام الشهوة غالبا ووجود الحاجة
كما في نظر الرجل الى الرجل قال قلت روى صاحب السنن مسندا الى عبد الله بن عمر رضي الله
عنهما ان رسول الله عليه السلام قال انها ستفتح لكم ارض العجم وستجدون فيها بيوتا يقال
لها الحمامات فلا يدخلها الرجال الا بالازر وامنعوها النسا الا مريضة او نفسا قلنا المراد
منه الحث على حفظهن ومنعهن من الخروج وفعل ما هو اقرب الى سترهن كما في قوله تعالى
وقرن في بيوتكن لان نظر بعضهن الى بعضهن لا يجوز الا فيما جعل عورة من الرجل
وهو ما تحت السرة الى الركبة والركبة عورة ايضا يدل على هذا ان الحمامات للنسا خاصة
في سائر امصار المسلمين من غير نكير وما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن قال
صاحب الهداية رحمه الله وعن ابي حنيفة رضي الله عنه ان نظر المراة الى المراة
كنظر الرجل الى محارمه يعني لا تنظر المراة الى ظهرها وبطنها ايضا بخلاف نظر
المراة الى الرجل حيث جاز نظرها الى ظهر الرجل وبطنه لاحتياج الرجال الى
زيادة الانكشاف في العمل والاول في الاصح وهو جواز نظر المراة الى ظهر المراة وبطنها
لئلا يضيق الامر على الناس قوله قال وينظر الرجل من امته التي تحل له وزوجته
الى فرجها اي قال القدوري رحمه الله في مختصره وذلك لما روى البخاري في الصحيح باسناده
الى عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت كنت اغتسل انا والنبي صلى الله عليه وسلم
من انا واحد من قدح يقال له الفرق والفرق مكيال يسع ستة عشر رطلا كذا في ديوان
الادب فلو لم يجز النظر لم يتجردا في مكان واحد ولانه يحل له الوطي فيحل بما دونه
وهو النظر والمس بالطريق الاولى على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين
اي اذا لم يحفظوا فروجهم على نسائهم واماهم فلا لوم عليهم لانه حلال الا ان
الادب ان لا ينظر الى الفرج لما روي عن عائشة رضي الله عنها قبض رسول الله صلى
الله عليه وسلم ولم ير مني ولم ار منه وهذا من مكارم الاخلاق فعلى هذا يدل على تحريم
النظر لغلبتنا وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول الاولى ان ينظر الرجل الى فرج امراته
عند الوقاع ليكون ابلغ في تحصيل معنى اللذة وروي عن ابي يوسف في الامالي قال

سالت

سالت ابا حنيفة رضي الله عنه عن الرجل يمس فرج امراته او تمس هي فرجه ليتحرك عليها
هل ترى بذلك باسا قال لا وارجو ان يعظم الاجر وهذا اذا كانت المراة طاهرة
فاما اذا كانت حايضا اجمعوا انه لا يحل له الجماع في الفرج فلو جامع بعد ذلك لم يلزمه شي
سوى الاستغفار والتوبة والذنب روي عن النبي صلى الله عليه وسلم ان رجلا سال عن
ذلك فامره ان يتصدق بدينار او نصف دينار وهو على الاستحباب لا الوجوب وروي
عن ابي يوسف ومحمد رضي الله عنهما قالا يلزمه دينار ان اتى في اقبال الدم ونصف
دينار في ادباره كذا في شرح الطحاوي رحمه الله واما الجماع فيما دون الفرج قال
ابو حنيفة وابو يوسف له ذلك فيما فوق الازار ولا يحل له فيما تحت الازار وقال
محمد رحمه الله يجتنب شعار الدم وهو موضع الفرج وله ما سوى ذلك لما روي عن عائشة
رضي الله عنها انها سئلت عما يحل للرجل من امراته الحايض فقالت يجتنب شعار الدم
وله ما سوى ذلك ولهما ان الجماع فيما تحت الازار سبب يودي الى الجماع في الفرج
حرام فما يكون سببه ايضا يجب ان يكون حراما ايضا وتفسير الازار على قولهما
قال بعضهم الازار المعروف يستمتع بما فوق السرة ولا يستمتع بما تحت السرة
وقال بعضهم المراد هو الاستثفار فاذا استثفرت حل له الاستمتاع بما فوقه
ولا ينبغي له ان يعتزل عن فراشها فان ذلك يشبه فعل اليهود وقد نهينا
عن التشبه بهم كذا ذكره الولوالجي رحمه الله في فتاواه قوله قال وينظر الرجل
من ذوات محارمه الى الوجه والراس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر
الى ظهرها وبطنها وفخذها اي قال القدوري رحمه الله في مختصره وقال الشيخ
ابو الحسن الكرخي في مختصره قال محمد بن الحسن رحمهما الله لا باس بان ينظر
الرجل من امه وابنته البالغة واخته ومن كل ذات رحم محرم من رضاع او
نكاح او وطي وكذلك ما حرم بوطي ابيه او ابنه او نكاح ابنه وان لم يكن بينهما رحم
الى شعرها والى صدرها والى ثديها وعضدها وساقها وقدمها ولا ينبغي
ان ينظر الى بطنها ولا الى ظهرها ولا الى ما بين سرتها حتى يجاوز الركبة
فان كان ينظر الى شي من ذلك بشهوة فلا ينبغي له ان ينظر ذلك وكذلك ان كان اكبر رايه انه
ان نظر اشتهى فينبغي له ذلك ان يغض بصره وان امن على نفسه فلا باس وان يلمس

مثله وقال لا يعزبكم اية النور فان المراد بها الاما وهذا هو الصحيح كذا في الكشاف وقرا ابن عامر
وعاصم في رواية ابي بكر غير بالنصب على الاستثنا والباقون بالخفض على النعت والاربة الحاجة
وهم اتباع الميت الذين لا يشتهون النسا كالبله والشيوخ الصلحا وعن ابن عباس انه
وليس ذلك بواقع على الخصي المجبوب والمخنث لا علم يشهوته واراد بالطفل الجمع لانه
الجنس لقوله تعالى ويخرجكم طفلا اي لا يعرفون ما العورة اولم يبلغوا اوان القدرة
ولان المحرمية مقللة للشهوة فلم يكن النظر الى هذه المواضع داعيا الى الفساد ولا
تجلس في البيت كاشفة لهذه الاعضا بحكم العادة فلو وجب عليها الستر في كل
حالة ادى الى الحرج فسقط اعتباره بخلاف النظر الى البطن والظهر والفخذ حيث لا يجوز
ذلك لانها لا تبتذل بمواضع الزينة الظاهرة والباطنة جميعا ولا به ولا ضرورة في النظر
الى ذلك قوله مهنتها قال في الفايق قال الاصمعي المهنة بفتح الميم هي الخدمة ولا يقال المهنة
بكسر الميم قوله بخلاف ما ورا ها اي ما ورا مواضع الزينة قوله في الاصح يتعلق بقوله
او سفاح لان الاختلاف للمشايخ في المصاهرة بالزنا لا في المصاهرة بالنكاح لانهم قالوا جميعا
ان كان محرما بسبب مباح او بشبهة تجوز الخلوة والمسافرة معها واذا كان محرما
بالزنا فلا يسافر معه عند بعضهم واليه ذهب القدوري رحمه الله تعالى وبه ناخذ
لانا اثبتنا حرمة المصاهرة بحيث لا يجوز نكاح ام المزنية لها وبنتها احتياطا والاحتياط
هنا في ان لا يسافر ولا يخلو معه قوله لما بينا اشارة الى قوله لوجود المعنى
لانه بالمصاهر كيف كانت تثبت المحرمية والمحرمية تقلل الرغبة ويدخل المحرم
بلا اذن ايضا فلو حرم النظر لزم الحرج قوله فلا باس بان يمس ما جاز ان ينظر
اليه منها اي قال القدوري رحمه الله في مختصره اي لا باس للرجل ان يمس الموضع
الذي يجوز له ان ينظر الى ذلك الموضع من ذوات المحارم وقال في شرح الكافي لا يجوز مسه
وغمزه عند بعض الناس لانه لا ضرورة في المس ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان
اذا قدم من سفره قبل راس فاطمة عليها السلام وعن ابي بكر رضي الله عنه انه قبل راس
عايشة ومحمد بن الحنفية قبل راس امه كذا في شرح الاقطع وقال في شرح الكافي وعن محمد
ابن المنكدر انه قال بت اغمز رجل امي وبات اخي يصلي وما احب ان تكون ليلته بليلتها
ولانه كما يجوز النظر اليها دفعا للحرج جاز مسها لهذا المعنى ايضا لانه في المسافرة

بها ويكون محرما لها او ليسافر معه لا محرم لها عنده فان خاف على نفسه فلا يسافر بها ولا
يخلو بها ولا ينبغي ان خافت ذلك منه ان لا يخلو معها في بيت ولا تسافر معه فاما اذا امنا
ذلك او كان عليه اكبر رايهما فلا باس بالخلوة معها والسفر بها وكل شي من هذا الذي وصفت
لك مما لا باس بالنظر اليه من امه او ذات محرم فلا باس بان تمسه منها ولا باس ان يمس شعر امه
ويقبلها ويمس بدنه ويمس ساقها ورجلها ويغمز ذلك منها ويمس صدرها وثديها وعضدها
ووجهها وذراعيها وكفيها ويكره ان يمس ما كره هنا النظر اليه اذا كان يجردا ونه كانت غير
مجردة واحتاج الى حملها والنزول بها فلا باس ان يحملها وينزلها ويا خذ ببطنها
وظهرها فان كان يخاف ان يشتهي ان مس شيا منها من ذلك وكان عليه اكبر رايه فليجتنب
ذلك بجهده الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله في مختصره والاصل هنا قوله تعالى ولا يبدين
زينتهن الا لبعولتهن او ابايهن او ابا بعولتهن او ابنايهن او ابنا بعولتهن او اخوانهن
او بني اخوانهن او بني اخواتهن او نسايهن او ما ملكت ايمانهن او التابعين غير اولي
الاربة من الرجال او الطفل الذين لم يظهروا على عورات النسا واراد بالزينة مواضع الزينة
مبالغة في الستر ومواضع الزينة الظاهرة الوجه والكف والقدم ومواضع الزينة الباطنة
الراس لانه موضع التاج والشعر لانه موضع العقاص والعنق لانه موضع القلادة والعضد موضع الدملوج والساعد
موضع السوار والساق موضع الخلخال ومعنى الاية والله اعلم انهن لا يبدين مواضع
الا لبعولتهن اي ازواجهن او ابايهن ويدخل فيهم الاجداد وابا بعولتهن فقد
صاروا محارم او ابنايهن ويدخل فيهم النوافل وابنا بعولتهن فقد صاروا محارم ايضا
او اخوانهن او بني اخوانهن ويدخل فيهم نوافل الاخوة والاخوات ايضا واذا ثبت
في هولا المحارم ثبت في هولا المحارم من الاعمام والاخوال وفي المحارم بالرضاع لان
ذكر بعضهم ينبه على سايرهم كذا في التيسير وقوله تعالى او نسايهن اي الحراير المسلمات
لانه ليس للمومنة ان تتجرد بين يدي مشركة او كتابية قال صاحب الكشاف والظاهر
انه عنى بنسايهن وما ملكت ايمانهن من في صحبتهن وخدمتهن من الحراير والاما والنسا
كلهن سوا في حل نظر بعضهن الى بعض وقيل ما ملكت ايمانهن الذكور والاناث
جميعا وعن عايشة رضي الله عنها انها اباحت النظر اليها لعبدها وقالت لذكوان
انك اذا وضعتني في قبري وخرجت فانت حر وعن سعيد بن المسيب رضي الله عنه

مخ

لها يحتاج الي ركابها وانزالها وخدمتها فلو لم يحل المس اديه الي الحرج فجاز المس ايضا
للحرج وقلة الرغبة بخلاف الاجنبية حيث يجوز النظر الي وجهها وكفيها ولا يجوز المس
لان الشهوة بين الاجانب والاجنبيات متكاملة فلو جوزنا المس ادي الي الفساد غالبا
ولا يجوز النظر الي الظهر والبطن وما تحت السرة من ذوات المحارم لانه لا ضرورة الي
ذلك فان كان عليها ثياب فان كانت رقيقة يحكي ما تحتها لم يجز النظر اليها لانها عورة
والنظر الي العورة حرام وان كانت تخينة جاز ذلك لانه يقع النظر علي الثياب دون
العورة ويجوز المس من وراء الثياب لما بينا انه يحتاج الي ذلك ويجوز الخلوة معها
في بيت لان الخلوة في الدعا دون النظر والمس فاذا جاز ذلك جاز هذا لعم هذا كله اذا
امن علي نفسه الشهوة فاما اذا لم يامن لا يجوز له المس والنظر حذرا عن الوقوع في الفتنة
وكذلك ان اشتهت المراة ايضا لا يجوز لقيام الداعي في جانبها وكذا لو كان اكبر رايه
انه لو خلا بها او سافر معها او مسها ان يشتهيها لم يحل له ذلك لان الغالب كالقطعي
احتياطا كذا في شرح الكافي **قوله** لقوله عليه الصلاة والسلام لا تسافر المراة
فوق ثلاثة ايام ولياليها الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها اعلم ان العلما
رحمهم الله اختلفوا في سفر المراة فوق ثلاثة ايام ولياليها الا ومعها زوجها او ذو
رحم محرم منها **قال** بعضهم لا يجوز لها ان تسافر سفرا قريبا او بعيدا الا مع ذي
رحم محرم واحتجوا في ذلك بما روي الطحاوي باسناده الي ابي معبد مولي ابن عباس
رضي الله عنهما يقول قال ابن عباس خطب رسول الله صلي الله عليه وسلم الناس
فقال لا تسافر المراة الا ومعها ذو محرم ولا يدخل عليها رجل الا ومعها ذو محرم
وقال بعضهم كل سفر هو دون البريد فلها ان تسافر بلا محرم واحتجوا بما رواه
الطحاوي رحمه الله باسناده الي سهيل بن ابي صالح عن سعيد بن ابي سعيد عن ابي
هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلي الله عليه وسلم لا تسافر المراة بريدا الا
مع زوج او ذي محرم ففي توقيف النبي صلي الله عليه وسلم البريد دليل علي ان ما دونه
بخلافه وقال بعضهم كل سفر هو دون اليوم فلها ان تسافر الا بمحرم واحتجوا
بما حدث الطحاوي باسناده الي ابي سعيد الخدري رضي الله عنه قال سمعت
رسول الله صلي الله عليه وسلم يحيي كذا ابي كثير عن سعيد بن ابي سعيد عن ابيه انه

سمع ابا هريرة رضي الله عنه يقول قال رسول الله صلي الله عليه وسلم لا يحل للمراة ان تسافر يوما
فوقه الا معها ذو حرمة وقال بعضهم كل سفر هو دون يومين فلها ان تسافر بغير محرم واحتجوا
بما حدث الطحاوي باسناده الي ابي سعيد الخدري رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلي الله
عليه وسلم يقول لا تسافر المراة مسيرة ليلتين الا مع زوج او ذي محرم وخالفهم اخرون فقالوا كل
سفر يكون ثلاثة ايام فصاعدا فليس لها ان تسافر الا مع محرم وكل سفر يكون دون ذلك فلها
ان تسافر بغير محرم واحتجوا بما حدث الطحاوي ايضا باسناده الي نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما
عن رسول الله صلي الله عليه وسلم قال لا يحل لامراة ان تسافر مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا
الا ومعها زوجها او ابنها او اخوها او ذو محرم منها غير ان ابن عمر قال في حديثه فوق
ثلاثة ففي توقيته رسول الله صلي الله عليه وسلم دليل علي ان حكمها دون الثلاثة بخلاف فيها
وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رضي الله عنهم وقد اتفقت الاثار علي حرمة
مسافرتها بلا محرم ثلاثة ايام ولياليها واختلف فيما دونها فالاخذ بالمتفق اولي
من الاخذ بالمختلف وقال الطحاوي رحمه الله في شرح الاثار روينا لقوم لا باس ان تسافر
المراة بغير محرم لما روي الزهري عن عمرة عن عايشة رضي الله عنها انها سمعتها في المراة تحج
وليس معها ذو محرم ما كلهن ذو محرم وهذه الاقاويل كلها مذكورة في شرح الاثار **قوله**
قال وينظر الرجل من مملوكة غيره الي ما يجوز ان ينظر منه اليه ذوات محارمه **قال**
القدوري رحمه الله في مختصره لا ينبغي للرجل ان ينظر من امة غيره اذا كانت بالغة
او تشتهي مثلها او توطا الا الي ما ينظر اليه من ذوات محارمه ولا باس ان ينظر الي شعرها
وصدرها وعضدها وثديها وقدمها وساقها ولا ينظر الي بطنها ولا الي ظهرها ولا الي ما
بين السرة منها الي ما يجاوز الركبة وكل ما لا ينظر اليه منها فلا ينبغي له ان يمسه مكشوفا
ولا من وراء ثوب مكشوف الا انه يضطر الي حملها والترحل بها ولا باس ان يمس ما حل
له النظر اليه ولا باس ان يمس ساقها وصدرها وشعرها وعضدها بلغنا ان ابن عمر
رضي الله عنه مر بجارية تباع فضرب في صدرها ومس ذراعها وقال اشتروا لم مضي وتركها
فهذا ونحوه لا باس به ممن اراد الشرا وممن لم يرده فان خاف علي نفسه ان يشتهي ان مس
ذلك منها او كان عليه اكبر رايه فليجتنب ان يمس ذلك وكذلك اذا كانت الجارية هي
التي تمسه فلا باس بان يمس كل شي الا ما بين السرة الي الركبة ولا باس بان تدهن راسه

ويتوجه ويده من صدره وظهره وساقه وقدمه ونحو ذلك مالم تشته اي يكون على ذلك
اكبر رايها الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان الاما مضرورة في ابدا مواضع زينتها
الباطنة الى الاجانب لان الامة انما تشترى لاجل الخدمة داخل البيت وخارج البيت
فتكون هذه المواضع مكشوفة داخل البيت وخارجه والاما يخدمن كاشفات
الرووس والصدور بين يدي الضيفان ويخرجن الى الاسواق هكذا من لدن رسول
الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير ولو كانت هذه المواضع منها
عورة لا تترك بالستر فلو حرم الابدا عليهن والنظر الى الاجانب لضاق الامر على
الناس وما ضاق امره اتسع وارتفع حكمه والدليل على ذلك ما روى ابو عبيد في حديث
عمر رضي الله عنه انه راى جارية متكمكمة فسال عنها فقالوا امة ال فلان فضربها
بالدرة ضربات وقال يا لكاع اتتشبهين بالحراير وقوله متكمكمة اي متقنعة
او متلفعة في ثيابها لا يبدو منها شي وذلك من شان الحراير ولكاع بمعنى لكع
اي لئيمة قال ابو عبيد وفي هذا الحديث من الفقه انه راى ان تخرج
الامة بلا قناع فاذا برزت للناس كذلك فكذلك ينبغي ان تكون في الصلاة بلا
قناع ولهذا قال ابراهيم رحمه الله في صلاة الامة تصلي كما تخرج الى الاسواق
ويدل عليه ايضا ما روي ان ابن عمر رضي الله عنه مر بجارية تباع فضرب في صدرها
ومن ذراعها وقال اشتروها وكذلك في المس ضرورة لان امة امراة الرجل تحتاج الى
ان تخدم زوج مولاتها وتغمز رجله وكذا امة الابن تحتاج الى ان تخدم اب المولى فثبت
الضرورة الى الاباحة ولا يحل النظر الى ظهر الامة الاجنبية ولا الى بطنها خلافا لمحمد
ابن مقاتل لعدم الضرورة كما في المحارم بل اولى لقلة الرغبة فيهن وتكامل الشهوة في الامة
الاجنبية والحكم في المدبرة والمكاتبة وام الولد كالحكم في الامة القن لكمال الرق والمستسعاه
حكمها عند ابي حنيفة حكم المكاتبة وعندهما حرة عليها دين وقد عرف ذلك في كتاب
العتاق قوله علاها بالدرة اي ضرب علاوتها اي راسها قوله واما الخلوة بها والمسافرة
فقد قيل يباح كما في المحارم يعني ان الخلوة بامة الغير والسفر بها اذا امن وعليها
اختلف المشايخ رحمهم الله في ذلك قال بعضهم يحل ذلك اذا امن عليه وعليها كما في
النظر الى مواضع الزينة الباطنة ومسها استحسانا كما في المحارم وقال بعضهم لا يحل

لان

لان الاباحة في الامة باعتبار الضرورة ولا ضرورة للاجنبي في حق الخلوة والسفر بالامة الاجنبية
وفي الاركاب والانزال اعتبر محمد رحمه الله في الاصل الضرورة فيحقها فيجيز ان يركبها
وينزلها الاجنبي وفي ذوات المحارم اعتبر مجرد الحاجة فيجيز ان يركبها وينزلها المحرم
بمجرد حاجة ذات المحرم الى الركوب والنزول سوا كان في ركوبها بنفسها او نزولها
ضرر او لا قوله ولا باس ان يمس ذلك اذا اراد الشرى وان خاف ان تشتهي اي قال
القدوري رحمه الله في مختصره قال صاحب الهداية رحمه الله واطلق ايضا في الجامع
الصغير ولم يفصل اي لم يفصل في جواز المس من الامة الاجنبية بما يجوز النظر اليه بين
الاشتها وعدمه لانه قال في اصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي
الله عنهم في الرجل يريد شرا جارية فلا باس بان يمس ساقها وصدرها وذراعها وينظر
الى ذلك كله مكشوفا الى هنا لفظ محمد فيه فدل على جواز مس من يريد الشرى لا لانها
لان اطلاق اللفظ يشمل ذلك وانما جاز مس هذه المواضع التي يحل النظر اليها لان
النظر انما جاز اليها والمس لاجل الحاجة لان الامة تحتاج الى الخروج في الحوايج والاخذ
والاعطا وتكليف الستر يؤدي الى الحرج فمست الحاجة الى اباحة النظر وكذلك تقع
الحاجة الى المس حال تقليبها ليعرف لين بشرتها وذلك غرض صحيح فيحل المس وقال
مشايخنا رحمهم الله انما يباح له النظر والمس اليها في غير حالة الشرى اذا لم يكن عن شهوة
واذا كان عن شهوة يكره له ذلك فاما اذا مس من هذه المواضع منها وهو يشتهيها
او كان اكبر رايه على ذلك يكره ذلك وان كان يريد الشرى لانه استمتاع بها بخلاف
النظر اليها وهو يريد الشرا عن شهوة فانه يباح وذلك لان المس بشهوة جماع بمعنى
والجماع حقيقة حرام وان اراد الشرى فكذلك الجماع معنى بخلاف النظر بشهوة فانه ليس
بجماع اصلا وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير لان بالنظر كفاية ولم ير ابو
حنيفة رضي الله عنه بذلك باسا لضرورة العلم ببشرتها قوله قال واذا حاضت
الامة لم تعرض في ازار واحد اي اذا قال محمد رحمه الله في الجامع الصغير قال
صاحب الهداية رحمه الله ومعناه بلغت وذلك لان الحيض دليل البلوغ فارادته
المراد فكناية وهو لفظه فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنهم قال لا ينبغي
ان تعرض الامة في ازار واحد اذا كانت حاضت الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير

يعني لا تعرض على البيع لمن ذلك واراد بالازار ما يستر ما بين السرة الى الركبة وهذا لان الازار
اذا كان لهذه المثابة لا يستر ظهرها وبطنها وهما عورة خلافا لمحمد بن الرازي
رحمه الله والنظر الى العورة حرام الا ترى ان النظر الى الظهر من ذوات المحارم والبطن لا يحل
دليله قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم فجعل التشبيه بالظهر تحرزا كالفرج
فلو كان النظر اليه والمس حلالا لما كان التشبيه به ظهارا كالوجه والصدر وما
اشبه ذلك لان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة واما البطن فلانه محل الشهوة
فكان اولى بالحرمة فاذا ثبت انهما عورة في ذوات المحارم ثبت ذلك في الامة
لكامل الشهوة في الامة وقلنا بالطريق الاولى قوله قال والخصي في النظر
الى الاجنبية كالفحل اي قال القدوري رحمه الله في مختصره وذلك لما روي عن عائشة
رضي الله عنها قالت الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولانه يشتهي الجماع
ويفعله وقد قيل اشد الجماع جماع الخصي وكذا المجبوب لانه يسحق وينزل وهذا
لو جامعت امراة يولد يثبت نسبه منه فصار هو والفحل بمنزلة واحدة وهذا اذا كان
بالغا وكذا المخنث الذي يباشر الردي من الافعال فحكمه في النظر الى الاجنبية
كالفحل لانه فاسق يشتهي وليس هولاء الثلاثة بداخلين تحت قوله تعالى
او التابعين غير اولي الاربة من الرجال لوجود الاربة والاشتهاء فيهم فيوجد
فيهم محكم كتاب الله تعالى وهو قوله تعالى قل للمومنين يغضوا من ابصارهم
يدل على صحة هذا ما روي في صحيح البخاري وغيره مسندا الى هشام بن عروة
عن ابيه عن زينب بنت ابي سلمة عن امها ام سلمة رضي الله عنها قالت دخل
علي النبي صلى الله عليه وسلم وعندي مخنث فسمعته يقول لعبد الله بن ابي امية يا عبد الله
ارايت ان فتح الله عليكم الطائف غدا فعليك بابنة غيلان فانها تقبل باربع
وتدبر بثمان فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا يدخلن هولاء عليكم قال ابو عبيد في غريب
الحديث قوله تقبل باربع يعني اربع عكن في بطنها فهي تقبل بهن وقوله تدبر بثمان
يعني اطراف هذه العكن الاربع وذلك لانها محيطة بالجنبين حتى لحقت
بالمتنين من مؤخرها من هذا الجانب اربعة اطراف ومن الجانب الاخر مثلها فهذه
ثمان وقد في صحيح البخاري ان اسم المخنث هيت وقد ذكر بعضهم في اسماء الرجال

ان

ان اسمه مانع ووجه دخوله على ازواج النبي صلى الله عليه وسلم انه كان عند النبي صلى الله
عليه وسلم من غير اولي الاربة من الرجال ولهذا الاجل كان ترك النبي صلى الله عليه وسلم اياه
ان يدخل على ازواجه فلما وصف الذي وصف من المراة علم انه ليس من اولئك وامر
باخراجه ونهى عن دخوله وكذا قال ابو عبيد رحمه الله تعالى وقيد المخنث بالردي
من الافعال احترازا عما اذا لم يكن كذلك ولكن يكون في اعضائه لين لا يشتهي النسا
وبه عنا يدبر عم البيت حيث يجوز لهن ابدا مواضع زينتهن اليه لدخوله تحت
قوله تعالى او التابعين غير اولي الاربة من الرجال قوله والطفل الصغير مستثنى
بالنص وهو قوله تعالى او الطفل الذين لم يظهروا على عورات النسا قوله ولا
يجوز للمملوك ان ينظر من سيدته الا الى ما يجوز للاجنبي النظر منه اليها
اي قال القدوري رحمه الله في مختصره قال صاحب الهداية رحمه الله
وقال مالك هو كالمحارم وهو احد قولي الشافعي رضي الله عنه وقال الكرخي
في مختصره والعبد فيما ينظر اليه من مولاته والحر الذي لا قرابة بينه وبينها
ولا حرمة سوى خصيا كان او فحلا اذا كان قد بلغ مبلغ الرجال ولا يحل خصا الخصي
سيا يجزم على الحل الى هنا لفظ الكرخي وجه قول مالك رضي الله عنه قوله تعالى
ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن او ابائهن او اباء بعولتهن الى قوله تعالى او ما
ملكت ايمانهن وذلك لانها كلمة عامة تتناول الذكور والاناث فيجعل لهن ابدا
مواضع زينتهن الى مماليكهن ولان المولى قد يحتاج الى خدمة العبد وهو
يدخل عليها بلا استيذان وهي كاشفة شعرها وقدمها ونحو ذلك فلو لم يحل
النظر ان كان الى الحرج ولنا ان العبد ليس بمحرم ولا زوج وتحل المناكحة بينها وبينه
في الجملة لان مناكحتها اياه لا تحرم على التابيد والذي يعتبر من التحريم في حل النظر
ما كان على التابيد ولم يوجد فحرم الخلوة معها والنظر الى مواضع زينتها لانهما
داعيان الى الفساد لتحقق الشهوة في العبد ومولاته قوله يحتاج الى خدمته جوابه
ان العبد يخدم ظاهر البيت لا داخل البيت هذا هو المعتاد فلم تمس الحاجة اليه
وقال في الكشاف وعن سعيد بن المسيب رحمه الله لا يغرنكم اية النور فان
المراد بها الاما وهذا قول الحسن البصري وعامر الشعبي ايضا قال ابو جعفر

الطحاوي رحمه الله في شرح الاثار قال اخبرنا مغيرة عن الشعبي ويونس عن الحسن انهما كرها
ان ينظر العبد الى شعر مولاته ونقل نجم الدين النسفي في تفسيره عن شهرة بن جندب
مثل قول سعيد رحمه الله ولنا فيه نظر لانه لو كان صحيحا وشهرة بن جندب من اصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم لنقل عنه الطحاوي لشدة تفحصه في الاخبار والاثار
وسعيد بن المسيب رضي الله عنه من اعلا طبقات التابعين سمع عثمان بن عفان
وعلي بن ابي طالب وحكيم بن حزام وعبد الله بن عمر وابا هريرة وابا سعيد الخدري
وعايشة وابن المسيب رضي الله عنهم روى عنه الزهري وقتادة وغيرهما رضي الله
عنهما ولد سعيد رضي الله عنه لليلتين خلتا من خلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه
وذلك سنة خمس عشر ومات سنة ثلاث وتسعين وقيل مات سنة اربع وخمس
وتسعين كذا في كتاب الهداية والارشاد وكذا الحسن رضي الله عنه من اعلا
طبقات التابعين روى عن ابي بكرة وعمرو بن تغلب ومعقل بن يسار
وجندب بن عبد الله وسمرة بن جندب وعبد الرحمن بن سمرة وانس بن مالك رضي
الله عنهم وروى عنه ابن عون وقتادة وغيرهما رحمهما الله ولد لسنتين بقيتا
من خلافة عمر وذلك سنة احدى وعشرين وكان يوم قتل عثمان ابن اربع
عشرة سنة وتوفي سنة عشر ومايه والشعبي هو عامر بن شراحيل الشعبي من
اعلا طبقات التابعين ايضا ولد لستة سنين خلت من خلافة عمر بن الخطاب
رضي الله عنه حدث عن علي بن ابي طالب والحسن والحسين بن علي وعبد الله بن
جعفر بن ابي طالب وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو
سمع عن انس بن مالك وغيره من الصحابة وتوفي الشعبي سنة اربع ومايه وبلغ
اثنين وثمانين سنة كذا ذكر الخطيب في تاريخ بغداد **قوله** قال سعيد اراد به سعيد
ابن المسيب لما ذكرنا عن الكشاف وقال بعضهم في شرحه انما اطلق السعيد ليتناول
السعيد بن سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وفيه نظر لانه يلزم حينئذ ان
يكون المشترك يعم في موضع الاثبات وهو فاسد فافهم **قوله** قال ويعزل عن
امته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا باذنها اي قال القدوري رحمه الله في
مختصره وذلك لما حدث ابو داود في كتاب السنن باسناده الى جابر رضي الله عنه

قال

قال جاء رجل من الانصار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان لي جارية اطوف
عليها وانا اكره ان تحمل فقال اعزل عنها ان شئت فرد عليه انه له ان يعزل بلا اذن
الامة لانه فوض للشيء الى المولى ولان الامة لا حق لها في الوطي فلم يلزم من العزل
تفويت حقها في الوطي ولهذا كان لها الخيار اذا وجدت زوجها مجبوبا او عنينا
ولا لها حق في الولد وليس الامة كذلك فكان في العزل تفويت حق الحرة
فوقف على رضاها وقد روى اصحابنا رحمهم الله في كتبهم حديث ابي هريرة
رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها
وقال محمد رحمه الله في كتاب الاثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن سعيد
ابن جبير رضي الله عنهم قال لا تعزل عن الحرة الا باذنها واما الامة فاعزل
عنها ولا تستامرها قال محمد رحمه الله وبه ناخذ فاما اذا كانت الامة منكوحة
فالاذن في العزل الى المولى في قول علمائنا رحمهم الله جميعا بلا اختلاف منهم
في ظاهر الرواية كذا ذكر محمد رحمه الله في الجامع الصغير وفي كتاب الاثار
ايضا وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان الاذن في العزل اليها لان قضا الشهوة
حقها لا حق مولاها وجه الظاهر ان الولد حق المولى لانه يملكه وكان الاذن
في العزل اليه كالحرة لما تعلق حقها بالولد كان الاذن اليها وهو حق الحضانة
والباقي مر في باب نكاح الرقيق **قوله** فلهذا لا ينتقص حق الحرة بغير اذنها
ويحتبل له به المولى ولا يستبد به المولى اي فلاجل ان الوطي حق الحرة ولا حق للامة
في الوطي لا ينتقص الزوج حق المراة الحرة في الوطي الا باذنها ويستبد بعزل المولى
فصل في الاستبرا وغيره والاستبرا طلب براءة الرحم عن الحمل وهو نوعان مستحب وهو
ان البايع يستبريها اذا اراد بيعها وواجب وهو على المشتري وعند مالك رضي الله عنه
يجب الاستبرا على البايع صيانة لمايه اذ يحتمل انها علقت منه لنا ان ملك البايع
وحقه قايم في الوطي فلا يمنع منه وما قاله من الصيانة يحصل باستبرا المشتري **قوله**
قال ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها
بشهوة حتى يستبريها اي قال في الجامع الصغير والاصل فيه ما روى صاحب السنن
باسناده الى ابي سعيد الخدري رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم

قال في سبايا اوطاس لا توطا حامل حتي تضع ولا غير ذات حمل حتي تحيض وروي ايضا باسناده الي
رويفع بن ثابت الانصاري رضي الله عنه انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يوم حنين لا يحل لامري
يومن بالله واليوم الاخر يسقي ماءه زرع غيره يعني اتيان الحبالي ولا يحل لامري يومن بالله واليوم الاخر
ان يبيع مغنما حتي يقسم واخرجه الترمذي مختصرا وقال الكرخي في مختصره وعن مكحول انه قال
قلت للزهري رضي الله عنه اما علمت ان عمر حين انقضي اجله وابن مسعود بالعراق
حتي انقضي اجله وعثمان بن عفان رضي الله عنهم كانوا يستبرون الامة بحيضة حتي كان
معاوية فكان يقول بحيضتان قال الزهري رضي الله عنه وانا ازيدك عبادة بن الصامت
وقد افاد مجموع ما رويناه وجوب الاستبرا لان حل الوطي بقي الي غاية وجوب الاستبرا
فكان الحل موقوفا علي وجوده وقال ايضا علي ان سبب وجود الاستبرا هو استحداث
ملك اليمين والبد لانه هو الموجود في مورد النص وهو المسبب والحكمة في وجوب
الاستبرا صيانة المياه المحترمة عن الاختلاط وصيانة الانساب عن الاشتباه
والحكم يدار علي العلة لا علي الحكمة والعلة الحقيقية ارادة الوطي لانه اذا اراد الوطي وجب
عليه الاستبرا ولكن لما ارادته خفية فاقيم دليلها الظاهر وهو التمكن من الوطي بالملك
واليد قايما مقامها وجعل استحداث الملك واليد علة كما في السفر مع المشقة سوا كان
اشترا او هبة او وصية او ميراثا او خلعا او كتابة واذا ثبت وجوب الاستبرا حرم
الوطي حرم دواعي الوطي ايضا من المس والقبلة والنظر الي الفرج بشهوة قال الفقيه
ابو الليث في شرح الجامع الصغير روي عن ابي مطيع رحمه الله انه كان لا يري بالقبلة
والملامسة باسا وذلك لان المحرم انما لا يجوز لانه يودي الي اختلاط الانساب
وليس في القبلة والملامسة هذا المعني وروي عن ابن عمر انه كان في بعض المغازي فوقع
في سهمه جارية كان في عنقها ابريق فضة فلم يصبر حتي قبلها والناس ينظرون اليه فصار
المشترا كالمسبية فان الدعاوي لا تحرم هناك وهو الاصل المنصوص عليه في الباب والفرع
لا يخالف الاصل ولنا ان الوطي لما حرم حرم دواعيه ايضا كما في الظهار وكما في غير الملك لانها
تفضي اليه وسبب الحرام حرام او لان الوطي انما يحرم لاحتمال وقوعه في غير الملك
واحتمال وقوع الدواعي في غير الملك قايم ايضا فيحرم لانها لو كانت حاملا من البايع
وادعي الولد تصير ام ولد له فيحصل الدواعي حينيذ واقعة في ملك الغير والصوم قد

يمتد في الفرض الي شهر فلو حرم الدواعي ادي الي الحرج والحرج مدفوع شرعا والفعل تابع للمزوج اعطي
حكمه والجواب عن القياس علي المسبية فنقول قال فخر الاسلام رحمه الله ولا نص في المسبية
ثم قال وروي عن محمد رحمه الله انه قال لا تحل الدواعي لانها لا تحتمل الوقوع في غير الملك لان المالك لا
يملك الدعوي وانما حرم الوطي لئلا يسقي زرع غيره وهذا لا يوجد في الدواعي قوله في سبايا
اوطاس والسبايا جمع مسبية وهي الجارية تسبي واوطاس اسم موضع علي ثلاثة مراحل
من مكة وقع لرسول الله صلى الله عليه وسلم غزوة مشهورة به وهي غزوة حنين قوله ولا الحبالي
حتي يستبرين بالحيض والحبالي جمع حبلى والحيالى جمع حايل وهي التي لا حمل لها علي خلاف القياس للازدواج للحبالي
وهي جمع حبلى والقياس حوايل كما فعلوا مثل ذلك في الغدايا والقياس الغدوات
ويستبرأن بالحيض يعني من استبرا الجارية وهو طلب براءة رحمها من الحمل بحيضة
او ما قام مقامها قوله وهو ان يكون الولد ثابت النسب اي المراد من توهم
الشغل بما محترم هو ان يكون الولد بحيث يمكن اثبات نسبه من الغير قوله والخلع
والكتابة يعني اذا خالع امراته علي جارية او كاتب عبده علي جارية لا يحل للزوج والمولي
وطي الجارية قبل الاستبرا قوله وغير ذلك كما اذا تصدق علي الغير بجارية
يجب استبرا الفقير وكذا اذا اجرها داره سنة علي جارية لا يحل وطي الموجر قبل الاستبرا
قوله وكذا يجب علي المشتري من مال الصبي والمراة يعني اذا باع ابو الصبي
ووصيه جارية الصبي يجب علي المشتري الاستبرا وكذا اذا اشتري جارية
من مولاها يجب الاستبرا ولا يحل الوطي قبله قوله والمملوك اي يجب
الاستبرا اذا اشتري الجارية من العبد الماذون وعليه دين مستغرق فليس عليه
ان يستبريها لان ملك عبده له ولو ان يستبري بالحيضة التي حاضت عند العبد
وان كان العبد عليه دين مستغرق رقبته وما في يده من الكسب فعليه ان
يستبريها في قول ابي حنيفة رضي الله عنه وفي قولهما لا يجب عليه الاستبرا
لان من اصل ابي حنيفة رضي الله عنه ان العبد اذا كان عليه دين مستغرق
فالمولى له يملك مكاسبه وعندهما يملك ولو اشتري من مكاتبه فعليه الاستبرا
لانه لا يملك مكاتبه ولو اشتري من ابنه الصغير وجب عليه الاستبرا كذا في شرح
الطحاوي رحمه الله قوله وممن لا يحل له وطيها كما اذا اشتراها من اجنبي الرضا عي

قوله وكذا اذا كانت المشتراه بكرا لم توطا يجب الاستبرا لتحقق السبب وهو استحداث ملك
اليمين واليد والحكمة تعرف براة الرحم وقد وجدت العلة في هذه الصور اي في المشتراه من
مال الصبي ومن المراة وفي المشتراه والبكر فيثبت الحكم معها ايضا وهو وجوب الاستبرا وان لم يوجد
الحكمة لان الصبي لا ماء له والمراة لا توطا والبكر ليست بموطوة لان الحكم يدور مع العلة
ولا يعتبر مع الحكمة فاعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل وان لم يوجد حقيقة الشغل
في الصور الثلاث قلت يحتمل ان تكون جارية الصبي والمراة موطوة بشبهة فيثبت
النسب من الواطي فيثبت توهم الشغل واما البكر فان الرجل قد يجامعها فيسبق الما فتحبل
مع بقا البكارة فيثبت توهم الشغل ايضا بهذا الطريق ولو اشتراها من امراة او صبي
يجب الاستبرا الا رواية عن ابي يوسف ذكره الولوالجي في فتاواه قوله وكذا لا يجتزي
بالحيضة التي اشتراها في اثنايها اي في اثنا الحيضة يعني اذا اشترى الامة وهي حايض فطهرت
من تلك الحيضة لا يعتد بها وكذا اذا حاضت قبل القبض بعد وجود سبب الملك وكذا اذا ولدت
قبل القبض قبل اسباب الملك لا يجتزي بذلك لان الحكم لا يستبق للسبب وعن روي عن ابي يوسف
رحمه الله انه يجتزا بتلك الحيضة كذا في شرح الطحاوي قوله وكذا لا يجتزي بالحاصل
قبل الاجازة في بيع الفضولي اي يجتزي بالاستبرا الحاصل قبل الاجازة لان العلة وهي استحداث
الملك واليد لم يوجد قبل الاجازة قوله ولا بالحاصل قبل القبض في الشرا الفاسد لان العلة لم
توجد وهي الملك واليد وحكم الشي لا يسبق عليه فكان لا يعتبر الحاصل قبل السبب كان لم
يكن لما قلت اشارة الي قوله لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب قوله
ويجب في جارية للمشتري فيها شقص ثم اشترى الباقي وذلك لان تمام السبب حصل الان
قوله ويجتزي بالحيضة التي حاضت بعد القبض وهي مجوسية او مكاتبة الي قال الكرخي
رحمه الله في مختصره وان اشترى الرجل امة مجوسية او كانت مسلمة فكاتبها قبل ان يستبريها ثم
حاضت المكاتبة في حال كتابتها او حاضت المجوسية في حال مجوسيتها حيضة ثم عجزت
المكاتبة او اسلمت المجوسية اجزات تلك الحيضة من الاستبرا الي هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك
لان الحيضة وجدت بعد سبب الاستبرا وحرمة الوطي لا يمنع من الاعتداد بالحيضة عن الاستبرا
كمن اشترى جارية محرمة فحاضت حال احرامها قوله ولا يجب الاستبرا اذا رجعت الابقة او ردت
المغصوبة او المواجرة او فكت المرهونة اي الجارية الابقة او الجارية المغصوبة او الجارية

المواجرة

المواجرة لا بد من معرفته قال في شرح الطحاوي لو ابقت الي دار الحرب ثم عادت الي صاحبها بوجه
من الوجوه فلا استبرا عليه في قول ابي حنيفة رضي الله تعالي عنه لانهم لم يملكوها وعندهما عليه
الاستبرا لانهم ملكوها ولو اخذوها في دار الاسلام وهي ابقة واحرزوها بدارهم ملكوها في قولهم
جميعا فاذا عادت الي مولاها فعليه الاستبرا في قولهم جميعا كذا في شرح الطحاوي رحمه الله فعلي هذا
يكون المراد من الابقة في المتن هي التي ابقت في دار الاسلام ولم يحرزها العدو ثم رجعت الي مولاها
قوله ولها نظاير كثيرة كتبناها في كفاية المنتهي منها ان يخرج الجارية اذا احرم عليه ولكن لم يخرج
من ملكه كما في الحيض والنفاس والردة والكتابة ثم زالت هذه العوارض حلت له بغير استبرا كذا في
شرح الطحاوي ومنها اذا باع جارية من رجل ثم تقايلا البيع قبل التسليم فعادت الي البايع فالقياس
ان يجب علي البايع الاستبرا بعد القبض واذا حاضت قبل ذلك لا يجزي تلك الحيضة وان كان بخيار الشرط
للمشتري ففسخ وعادت الجارية الي ملك البايع بالاجماع وان كان الفسخ بعد القبض تملكها عند ابي حنيفة رضي الله
عنه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يجب علي البايع الاستبرا لاختلاف اصلهما ان شرط الخيار للمشتري لا يمنع وقوع
الملك للمشتري وعند ابي حنيفة رضي الله عنه يمنع كذا في شرح الطحاوي ومنها ان البيع اذا كان فاسدا فسخ البيع
ورده الي البايع ان كان قبل القبض فلا استبرا علي البايع في قولهم وان كان الفسخ بعد القبض فعلي
البايع الاستبرا في قولهم جميعا كذا في شرح الطحاوي ومنها اذا اسرها العدو ثم رجعت اليه بعد الاحراز
بدار الحرب فعليه الاستبرا ولو اخذت من العدو قبل الاحراز بدارهم وردت الي صاحبها فلا استبرا عليه كذا
في شرح الطحاوي رحمه الله تعالي ومنها اذا اشترى جارية وهي في عدة من زوج عدة وفاة او عدة
طلاق وقد بقي من عدتها يوم او بعض يوم فانقضت عدتها بعد قبض المشتري فلا استبرا عليه وان
انقضت عدتها قبل القبض فلا تحل له الا بالاستبرا كذا في شرح الطحاوي ومنها اذا نفل الامام الجند وقال من
اصاب منكم جارية فهي له فاصاب واحد من الجند جارية فاستبراها بحيضة فاراد ان يطاها في دار الحرب او قسم الامام
الغنايم في دار الحرب فاصاب واحد منهم جارية واستبراها بحيضة فله ان يجامعها او باع الامام الجارية من الغنيمة
من رجل فاستبراها المشتري بحيضة فاراد ان يطاها في دار الحرب قال ابو حنيفة وابو يوسف رضي الله عنهما يكره له ان
يطاها قبل الاحراز بدار الاسلام فاذا احرزها بدار الاسلام فعليه ان يستبريها ثم يطاها وقال محمد رحمه الله لا باس بان
يطاها وان دخل واحد غازيا فغنم جارية واستبراها بدار الحرب فليس له وطيها بالاجماع كذا في شرح الطحاوي
ومنها اذا زوج امته فطلقها قبل الدخول له ان يستبريها المولى لان ملك المنفعة زايل عنه في رواية لا يستبريها وهو
الصحيح لان ملك اليمين لم يستحدث ومنها انه لو باع مدبرة وقبضها المشتري ثم رد لا يستبريها البايع لان البيع لم
يثبت للمشتري ولو اعتقها لا ينفذ والمسالة في الشامل ومنها في ما اشترى امة لا يستبري لانه واجب حقا لله
تعالي وانه غير مخاطب بها فان اسلم قبل ان يطاها استبراها ان لم تكن حاضت استحسانا لا انصار من اهله

لا يجب لانه لا يملك المشتري لم يوجد العلة فعلي الاخيار
ابي حنيفة رضي الله عنه لانه ليس احق بتا بيع ويعقد عليه
بعد التسليم الي المشتري وجب علي البايع الاستبرا وبعد
واختصاصا كذا في شرح الطحاوي رحمه الله
ومنها المشتري اذا رد عليه الجارية بخيار رؤية
او بخيار رؤية وجب علي البايع الاستبرا الاخيار
العيب وخيار الرؤية لا يمنعان وقوع
الملك للمشتري فاما اذا رد بخيار الشرط فانه ينظر ان كان بخيار
الشرط للبايع فلا يجب عليه الاستبرا
لانها لم تخرج عن ملكه وان كان الخيار للمشتري
المشتري بعد اجازة البايع يجب

وقت الاستبراء فيخاطب به حتى لو وطيها لا يجب لان الوقت فات كذا في الشامل قوله بخلاف المشتراة على
ما بينا اشارة الى قوله لا صحة لدوقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل بعد دعوة البايع قوله لما روينا
اشارة الى قوله الا لا توطا الحبالى حتى يضعن حملهن قوله في اثنايه اي في اثناء الشهر قوله يعني
اذا حاضت الجارية التي كانت لا تحيض لصغر او كبر في خلال الشهر بطل الاستبرا بالشهور كما لا تعتبر
القدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف يبطل حكم الخلف كما في المراة اذا كانت لا تحيض لصغر او كبر
عدتها بالاشهر فرات الدم في خلالها يجب عليها الاعتداد بالحيض فكذا هنا يجب ان تستبرا
بالحيضة قوله واذا ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين انها ليست حامل وقع عليها
قال الطحاوي رحمه الله في مختصره ومن ابتاع جارية ممن تحيض فقبضها فارتفع حيضها لا
من حمل يعلم انه بها كان محمد روي عن ابي يوسف عن ابي حنيفة رضي الله عنهم قال
لا يطاها حتى يعلم انه غير حامل ولم يفسر ذلك بشي وروي اصحاب الاملا عن ابي يوسف
عن ابي حنيفة تفسير ذلك الا انهم رووا عنه ان تفسير ذلك ان يمضي عليها ثلثة اشهر
فاذا مضت عليها ولم يعلم حملا كان له وطيها ولم يحك محمد عن ابي يوسف خلافا لابي
حنيفة رضي الله عنهم في ذلك ولا حكاه اصحاب الاملا وقال محمد رحمه الله من رايه
لا يطاها حتى يمضي عليها شهران وخمسة ايام فاذا مضت ولم يعلم حملها كان له وطيها
ثم رجع عن ذلك فقال لا يطاها حتى تمضي عليها اربعة اشهر وعشرة ايام فاذا مضت عليها
ولم يعلم بها حملا كان له وطيها وقال ابو جعفر قال زفر رحمه الله لا يطاها حتى تمضي
عليها حولان وهو قول الثوري وغيره رحمه الله وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف
رضي الله عنهما ان الحامل اذا مضت لها مدة فظهر علامات حملها بانتفاخ جوفها ونزول
لبنها فاذا مضت المدة ولم تبين الحمل الظاهر حمله فصار كما لو اشتراها بحيضة فحل وطيها
وجه تقدير محمد اربعة اشهر وعشرا انه اقصى ما يقع به الاستبرا بالشهور وعشر
فاذا مضت ولم يظهر الحمل حل الوطي ووجه الرواية الاخرى عنه ان هذا القدر يعتبر
في الحرة فاما الامة فاقصى ما يقع استبراؤها بالشهران وخمسة ايام في عدة الوفاة فاذا
مضت جاز الوطي ووجه قول زفر رحمه الله ان الاستبرا يجوز ان يكون خوفا
من ان تكون حاملا ولا يتبين زوال الحمل الا بمضي اكثر مدته فوجب اعتبار ذلك قوله
وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة اي وجهي قول ابي يوسف وقول محمد رضي الله عنهما يعني
يسيل الاشارة قالا في الشفعة وهو انه هذا منع عن وجوب الاستبرا فيقع لثبوته فلا
يكره الاحتيال في الاسقاط عند ابي يوسف ووجه قول محمد ان الاستبرا انما يجب صيانة
للمياه المحترمة عن الاختلاط وصيانة للانساب عن الاشتباه فلو جاز الاحتيال في الاسقاط
يلزم الاختلاط والاشتباه والماخوذ به قول ابي يوسف رحمه الله في صورة قربان البايع
في طهرها ذلك وقول محمد رحمه الله في صورة القربان قوله والحيلة قال الخصاف
رحمه الله في اواخر كتاب الحيل قلت رجل اراد ان يشتري جارية ولا يلزمه استبراؤها
فما الحيلة في ذلك قال الحيلة في ذلك ان يزوجها البايع من رجل قبل ان يبيعها

ثم

ثم يبيعها من الرجل الذي يريد شراها فيقبضها المشتري ولها زوج وفرجها عليه حرام
ثم يطلقها الزوج بعد ذلك فلا يكون على المشتري استبرا قلت فان ابى
البايع ان يزوجها من رجل ثم يبيعها قال يشتريها هذا المشتري ويدفع
الثمن ولا يقبضها ثم يزوجها المشتري من عبده او من غيره لم يقبضها بعد
التزويج ثم يطلقها ذلك العبد فلا يكون على المشتري استبرا فان خاف المشتري
ان لا يطلقها عبده فلا يزوجها منه على ان امرها في طلاقها كلما شاء بيد المولى
اذا تزوجها فاذا زوجها اياه على ذلك كان الطلاق في يد المولى الى هنا
لفظ الخصاف رحمه الله وقال في الفتاوى الصغرى ناقلا عن بيوع واقعات
الناطفي الحيلة في اسقاط الاستبرا ان يزوج البايع الجارية من الذي يريد شراها
ان لم يكن له امراة حرة ثم يبيعها منه فيبطل النكاح ويحل وطيها من ساعته ويسقط الاستبرا ثم
قال فيها قال الظهير الدين رحمه الله رايت في كتاب الاستبرا
لبعض المشايخ رحمهم الله تعالى انه انما يحل للمشتري وطيها في هذه
الصورة ان لو تزوجها ووطيها ثم اشتراها لانه حينئذ يملكها
وهي في عدته اما اذا اشتراها قبل ان يطاها فكما اشتراها بطل النكاح ولا نكاح حال ثبوت الملك
فيجب الاستبرا لتحقق سببه وهو استحداث حل الوطي بملك اليمين قال وهذا لم يذكره الكتاب
وهذا دقيق حسن الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى وانما سقوط الاستبرا في صورتي الحيلة لان سبب
وجوب الاستبرا استحداث ملك اليمين واليد وعند وجود السبب لم يكن الفرج حلالا له فلم يجب
وان حل الفرج بعده لان الاعتبار لوقت وجود السبب كما اذا كانت الامة معتدة فانقضت عدتها
بعد القبض لا يجب الاستبرا بعد ذلك فكذا هاهنا ثم فيما اذا تزوجها قبل الشرا ثم اشتراها
سقط عنه جميع المهر وفيما اذا تزوج غير المشتري قبل قبضه يجب نصف المهر على الزوج
اذا طلقها قبل الدخول لمولى الجارية ولو ان يبرئه من ذلك قوله لو كانت اي كانت تحت المشتري
امراة حرة قوله ممن يوثق به قوله او يقبضها اي فيما اذا وجه المشتري قبل القبض ممن
يوثق به قوله قال ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفر
اي قال في الجامع الصغير واصل ذلك ان الظهار يوجب تحريم الوطي قبل الكفارة لقوله تعالى
والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا
وقد اوجب الكفارة قبل المسيس وهو الوطي فاذا وطيها قبل الكفارة يلزم ترك المامور به

[illegible]
قطعا فكان حراما ثم لما حرم الوطي حرم دواعيه من اللمس والقبلة والنظر الى الفرج بشهوة لان
هو المسبب كما في الاعتكاف لما حرم الوطي حرم الدواعي ايضا وكما في الاحرام لما حرم الوطي حرم الدواعي
وكما في المنكوحة اذا وطئت بشبهة حرم وطيها قبل انقضاء العدة فكذلك حرم الدواعي بخلاف
حالة الحيض والصوم فان فيهما يحرم الوطي ولا يحرم الدواعي لان في وقوع الحيض كثرة لانه
يقع في كل شهر والصوم في فرضه امتداد الى شهر وفي نفله الى اكثر العمر فلو حرم الدواعي وقع الحرج
وهو مدفوع وهذا هو المعقول وروى صاحب السنن باسناده الى ميمونة رضي الله عنها قالت
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يباشر المراة من نسائه وهي حائض اذا كان عليها ازار
الى انصاف الفخذين او الركبتين وباسناده ايضا الى عايشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله
صلى الله عليه وسلم يامر احدانا اذا كانت حائضا ان تتزر ثم يضاجعها زوجها وباسناده
ايضا الى عايشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل وهو صائم
ولكنه كان املك لاربه قوله ومن له امتان اختان فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما
ولا يقبلها ولا يلمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره
بملك يمين او نكاح او يعتقها اي قال في الجامع الصغير والاصل فيه قوله تعالى وان تجمعوا
بين الاختين عطفا على قوله حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم المراد من تحريم الامهات والبنات
في حق قضاء الشهوة واسبابه بالاجماع حتى استوى فيه النكاح وملك اليمين الا ترى ان من
ملك امه او بنته من الرضاعة لم يحل له الاستمتاع بها فكذا المراد من تحريم الجمع بين الاختين
هو التحريم في حق قضاء الشهوة لان الجمع في نفس ملك اليمين مطلق لانه ليس باستمتاع ولا
سبب له بخلاف النكاح لانه سبب له فاما الجمع في الوطي فحرام لانه هو الاصل في الاستمتاع
وكذلك الجمع في التقبيل والمس والنظر الى الفرج بشهوة حرام لانها استمتاع ودواع الى الزنا
ولو قبلهما جميعا بشهوة فهو بالخيار اما ان يعزم له وطيها ولو كان وطيهما لم يحل له وطي واحدة
منهما لانه يصير جامعا بينهما في الحكم المراد بالنص وهو قضاء الشهوة فكذلك ههنا
ولو جمع بين الاختين نكاحا لا يجوز بالاجماع اما الجمع بين الاختين وطيا بملك اليمين فلا
يجوز على ما عليه عامة الصحابة وهو المروي عن علي رضي الله عنه وعند عثمان بن عفان
يجوز لانه احلتهما اية وحرمتهما اية والاصل في الابضاع الحل بعد وجود سبب الحل وقد وجد

وهو
ملك اليمين والمراد بالاية الاحلال قوله تعالى الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم والمراد
باية التحريم قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين والصحيح قول العامة لان المحرم مع المبيح اذا
اجتمعا فالمحرم اولى لان الحرام يجب تركه والمباح لا يجب فعله وان اخرج التي وطيها عن
ملكه او زوجها جاز ان يطا الاخرى اذا كان استبراها منذ اشتراها اما اذا باعها
فقد زال الملك عن رقبتها فصار كمن طلق احدى الاختين جاز ان يتزوج اختها وكذلك
اذا اخرج بضعها عن ملكه بان زوجها او كاتبها لانها خرجت من ان تكون مملوكة الوطي فكانه
باعها ولهذا لو وطي مكاتبته يجب العقر ولم يطا الاولى يعرف ابتها شيا لانه لا يودي الى الجمع
قوله على ما مهدناه من قبل اشارة الى قوله لان الاصل ان سبب الحرام حرام قوله من حكم
التمليك تباين اسبابه اي اسباب التمليك كالشرا والوصية والميراث والخلع والكتابة والهبة
والصدقة قوله اذا زوج احديهما نكاحا فاسدا لا يباح له وطي الاخرى الا ان يدخل الزوج
بها فيه اي في النكاح الفاسد وذلك لان الدخول يوجب العدة والعدة اثرها في التحريم كالنكاح
الصحيح فاذا دخل بها المتزوج بنكاح فاسد حل له وطي الاخرى قال الشيخ ابو الحسن الكرخي واذا اشترى
جارية بيعا فاسدا لم يطاها وان حاضت حيضة وذلك لان البيع الفاسد يجب فسخه لحق الله تعالى
والتصرف فيه محظور والوطي فيه من حكم التصرف فيكون محظورا فان شراها بعد ذلك شرا صحيحا
وقد كانت حاضت قبل القبض في البيع الفاسد لم يعتد بتلك الحيضة لان قبض البيع الفاسد لا يبيح
الوطي والحيضة الموجودة قبل سبب الاباحة لا يعتد بها كذا ذكر القدوري في شرحه قوله
وكل امراتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرناه بمنزلة الاختين وهذا كما اذا كانت احديهما
عمة الاخرى او خالتها لا يجوز الجمع بينهما بالحديث المشهور فهما بمنزلة الجمع بين الاختين في
قضاء الشهوة قال في كتاب النكاح من شرح الطحاوي الجمع بين الاختين في عقد النكاح لا يحل
فان تزوجها في عقد واحد فرق بينهما وبينه فان كان قبل الدخول فلا شي لها وان كان بعد
الدخول وجب لكل واحدة الاقل من مهر مثلها ومن المسمى ثم لا يجوز ان يتزوج واحدة منهما
حتى تنقضي عدة صاحبتها وان كان قد تزوجها في عقدين متفرقين فنكاح الاولى جايز
ونكاح الاخرى باطل فيفرق بينه وبين الاخرى فان كان غير مدخول بها فلا شي لها وان كان
قد دخل بها فلها الاقل من مهر مثلها ومن المسمى ولا يفسد نكاح الاولى بخلاف الام والابنة
الا انه لا يطا الاولى حتى تنقضي عدة الاخرى ولو تزوجهما في عقدين ولم يدر ايتهما اسبق

فانه يومر الزوج بالبيان فان بين فعلى ما بين وان لم يبين فانه لا يتحرى في ذلك ولكن يفرق بينه
وبينهما ويلزم على الزوج نصف المهر فيكون بينهما وروى عن ابي يوسف انه قال لا يجب على الزوج
شي من المهر وروى عن محمد بن يوسف انه قال يجب عليه المهر لكل واحدة كاملا ولا يجوز الجمع بين الاختين
استمتاعا كما لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فان ملك اختين كان له ان يستمتع بايهما شا فان استمتع
باحديهما فليس له ان يستمتع بالاخرى بعد ذلك وكذلك لو اشترى جارية فوطيها ثم اشترى
اختها كان له ان يطا الاولى وليس له ان يطا الثانية بعد ذلك ما لم يحرم فرج الاخرى على نفسه
وتحريمه اياه اما بالتزويج من رجل او بالاخراج من ملكه اما بعتاق او ببيع او هبة او صدقة
او كتابة وروى عن ابي يوسف انه قال بالكتابة لا يحل له فرج الاخرى ولو تزوج جارية فلم
يطاها حتى اشترى اختها فليس له ان يستمتع بالمشتراة لان الفراش ثبت له بنفس النكاح
ولو وطى التي اشتراها كان جامعا بينهما في الفراش وكذلك الجمع بين من كانتا في علة الاختين
حرام عليه وهو ان كل شخصين لو جعل احدهما ذكرا والاخر انثى فان كان جاز النكاح بينهما
جاز الجمع بينهما اذا كانتا انثيين وان كان لا يجوز النكاح بينهما لا يجوز الجمع بينهما اذا كانتا
انثيين الى هنا لفظ شرح الطحاوي والباقي مر في فصل المحرمات في كتاب النكاح قوله قال
ويكره للرجل ان يقبل فم الرجل او يده او شيا منه او يعانقه اي قال في الجامع الصغير وصورته
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة قال اكره ان يقبل الرجل من الرجل فمه او يده او شيا منه
واكره المعانقة ولا ارى باسا بالمصافحة الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير ولم يذكر الخلاف
كما ترى بل قال بكراهة القبلة والمعانقة جميعا وتجويز المصافحة فلاجل هذا قال صاحب الهداية
وذكر الطحاوي ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا باس بالتقبيل والمعانقة
وان اراد به ما ذكره الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى انس بن مالك قال قالوا يا رسول الله
اينحني بعضنا لبعض اذا التقينا قال لا قالوا فيعانق بعضنا بعضا قال لا قالوا فيصافح
بعضنا بعضا قال نعم تصافحوا قال الطحاوي فذهب قوم الى هذا فكرهوا المعانقة منهم
ابو حنيفة ومحمد وخالفهم اخرون فلم يروا به باسا منهم ابو يوسف وحدث الطحاوي في
ذكر باسناده الى الشعبي قال لما قدم جعفر من خيبر فقال لا ادري باي الشيئين انا
اشد فرحا بفتح خيبر او بقدوم جعفر ثم تلقاه واعتنقه وقبل بين عينيه وحدث الطحاوي
باسناده الى الشعبي ان اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كانوا اذا التقوا تصافحوا واذا قدموا

من

من سفر تعانقوا وحدث الطحاوي ايضا باسناده الى ام الدرداء قالت قدم علينا سلمان فقال
فقلت في المسجد فاتاه فلما راه اعتنقه واخذ الطحاوي بقول ابي يوسف في شرح الاثار
وقال الطحاوي في مختصره وكره ابو حنيفة المعانقة ولم ير باسا بالمصافحة وقد روي عن ابي يوسف
انه قال لا باس بالمعانقة وهذا اجود الى هنا لفظ مختصره وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي
ولا بالاجماع وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير القبلة على خمسة اوجه قبلة
تحية وقبلة شفقة وقبلة رحمة وقبلة مودة وقبلة شهوة فاما قبلة التحية فكالمومنين
يقبل بعضهم بعضا على اليد وقبلة الرحمة قبلة الوالد لولده والوالدة لولدها تقبل على الخد وقبلة
الشفقة قبلة الولد لوالده او لوالدته يقبل على الراس واما قبلة المودة فتقبيله اخاه او اخته
على الخد وقبلة الشهوة قبلة الزوج لزوجته على الفم وقال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير
وهذا اذا كانت المعانقة في ازار واحد فان كان عليه قميص او جبة قالوا لا باس به وكذا التقبيل
اذا لم يكن على وجه الشهوة بل على وجه المبرة لا باس به وقال في الواقعات في باب الكراهية
المعلم بعلامة السين تقبيل يد العالم او السلطان العادل جائز لما روي عن سفيان انه قال تقبيل
يد العالم او السلطان العادل سنة فقام عبد الله بن المبارك وقبل راسه وقال من يحسن هذا غيرك
واما تقبيل يد غيرهم تكلموا فيه فمنهم من قال ان كان الرجل يامن على نفسه وينوي حسبة وهو تعظيم
المسلم واكرامه لا باس به ثم قال في الواقعات والمختار انه لا رخصة فيه عن المتقدمين
واما القيام فهل يجوز ام لا فقد روى صاحب السنن في اواخر السنن باسناده الى ابي امامة
قال خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم متوكيا على عصا فقمنا اليه فقال لا تقوموا كما تقوم الاعاجم
يعظم بعضها بعضا وروى صاحب السنن ايضا باسناده الى ابي سعيد الخدري ان اهل قريظة
لما نزلوا على حكم سعد ارسل اليه النبي صلى الله عليه وسلم فجا على حمار اقمر فقال النبي صلى الله عليه وسلم
قوموا الى سيدكم او الى خيركم فجا حتى قعد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى صاحب السنن
ايضا باسناده الى عايشة بنت طلحة عن ام المومنين عايشة انها قالت ما رايت احدا كان
اشبه سمتا وهديا ودلا برسول الله صلى الله عليه وسلم من فاطمة كانت اذا دخلت عليه
قام اليها فاخذ بيدها فقبلها واجلسها في مجلسه وكان اذا دخل عليها قامت اليه فاخذت
بيده فقبلته واجلسته في مجلسها وحكي عن الشيخ ابي القاسم الحكيم السمرقندي انه كان اذا دخل
عليه احد من الاغنيا يقوم له ويعظمه ولا يقوم للفقرا وطلبة العلم فقيل له في ذلك فقال لان الاغنيا
يتوقعون مني التعظيم فلو تركت تعظيمهم تضرروا والفقرا وطلبة العلم لا يطمعون مني ذلك

وانما يطمعون جواب السلام والتكلم معهم في العلم ذكره فلا ينقص الا دون ترك القيام ذكره
المحبوبي في شرح الجامع الصغير واما السجود لغير الله تعالى فهو كفر اذا كان من غير اكراه وما
يفعله بعض الجهال من الصوفية بين يدي شيخهم فحرام محض اقبح البدع فينهون عن ذلك لا
محالة وذلك لما روى صاحب السنن في كتاب النكاح باسناده الى الشعبي عن قيس بن سعد قال
اتيت الحيرة فرايتهم يسجدون لمرزبان لهم فقلت رسول الله احق ان يسجد له قال فاتيت النبي
صلى الله عليه وسلم فقلت اتيت الحيرة فرايتهم يسجدون لمرزبان لهم فانت يا رسول الله احق
ان يسجد لك قال ارايت لو مررت بقبري اكنت تسجد له قال قلت لا قال فلا تفعلوا لو كنت
امرا احدا ان يسجد لاحد لامرت النسا ان يسجدن لازواجهن لما جعل الله لهم عليهن من الحق
وقال في الواقعات في باب السين بعلامة الواو واذا قيل للمسلم اسجد للملك والا قتلناك
فالافضل ان لا يسجد لانه كفر والافضل ان لا ياتي بما هو كفر صورة وان كان في حالة الاكراه وان
كان السجود سجود التحية فالافضل ان يسجد لانه ليس بكفر فهذا دليل على ان السجود بنية التحية
اذا كان خايفا لا يكون كفرا فعلى هذا القياس لا يصير من سجد عند السلطان على وجه التحية
كافرا الى هنا لفظ الواقعات واما تقبيل الارض بين يدي العلما وغيرهم قالوا انه حرام لا
اشكال فيه والفاعل والراضي به اثم لانه يشبه عبادة الوثن قوله ولو في الحق النبي صلى
الله عليه وسلم نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل وتفسير المكامعة
بالمعانقة فيه نظر لانه قال في ديوان الادب وغيره كامع امراته ضاجعها وكاعم المراة قبلها
وقال في الفايق نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المكاعمة والمكامعة اي عن ملاثمة الرجل الرجل
ومضاجعته اياه لا ستر بينهما قوله قال ولا باس بالمصافحة اي قال في الجامع الصغير وبيان
لفظه من قبل هذا وذلك لما روى صاحب السنن باسناده الى البراء بن عازب قال قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم اذا التقى المسلمان فتصافحا وحمدا الله واستغفراه غفر لهما وباسناده
الى البراء ايضا قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما من مسلمين يلتقيان فيتصافحان
الا غفر لهما قبل ان يفترقا وباسناده الى انس بن مالك قال لما جا اهل اليمن قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم قد جاكم اهل اليمن وهم اول من جا بالمصافحة فصل في البيع
قال ولا باس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة اي قال في الجامع الصغير وهذا مذهبنا
وعند الشافعي لا يجوز بيع السرقين كالعذرة وجلد الميتة قبل الدباغ لانه نجس العين ولنا

ان السرقين مال فجاز بيعه كساير الاموال وانما قلنا انه مال لان المال ما ينتفع به ويتمول
اي يدخر لوقت الحاجة وقد تمول المسلمون السرقين وانتفعوا به من غير نكير من احد من السلف
الا ترى ان الناس يلقونه في الاراضي لاستكثار الريع وما كان منتفعا به كان مالا فجاز
بيعه ولهذا كان ابو عبيد في حديث سعد بن ابي وقاص انه كان يدمل ارضه بالعرة فسر العرة
في الغريب بالسرجين وفسرها الاصمعي بعذرة الناس نقله ابو عبيد عنه وقال في الجمهرة العرة
البعر وما اشبهه مما تسمد به الارض وقوله يدمل ارضه اي يصلحها ويحسن معالجتها وقال
السرجين الدمال لان الارض تصلح به كذا قال ابو عبيد بخلاف العذرة فان العادة لم تجر بالانتفاع
بها الا مخلوطا بالتراب او الرماد والمخلوط مال عندنا يجوز بيعه ونجاسة العين تمنع الاكل
ولا يمنع الانتفاع فجاز بيعه لوجود الانتفاع وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير
روي عن ابي حنيفة في جواز الانتفاع بالعذرة روايتان في احدى الروايتين يكره وفي الثانية
لا يكره فعلى قياس الرواية التي لا يكره ينبغي ان يجوز بيعه وروي عن سعد بن ابي وقاص انه كان
يدمل الارض بالعذرة وروي عن محمد انه قال اذا كان التراب غالبا على العذرة جاز بيعه الى هنا
لفظ الفقيه والعذرة رجيع الادمي قوله لا المخلوط في الصحيح احترز بالصحيح عن الرواية
الاخرى وهي ان الانتفاع بالعذرة يجوز وان لم يكن مخلوطا والروايتان نقلهما الفقيه قبل
هذا قوله والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النجاسة يعني ان الزيت المخلوط بالتراب يجوز بيعه
ويجوز الانتفاع به بالاستصباح اتفاقا فكذا العذرة المخلوطة بالتراب الغالب يجوز بيعها
قياسا عليه والجامع كونهما منتفعا بهما لان الناس ينتفعون بها مخلوطة قوله ومن
علم بجارية انها لفلان فراى اخر يبيعها وقال وكلني صاحبها ببيعها فانه يسعه ان يبتاعها
ويطاها اي قال في الجامع الصغير واصله ان الخبر الواحد في المعاملات حجة سوا كان عدلا او
غير عدل صبيا كان او بالغا حرا كان او عبدا مسلما كان او كافرا وهو معنى قوله على
اي وصف كان يعني لوجدان كان غير الاجماع المسلمين على ذلك وقد جعل الله خبر الواحد حجة في كتابه
كما في قوله تعالى وجا رجل من اقصى المدينة يسعى وقوله تعالى فابعثوا احدكم بورقكم هذه
الى المدينة وقد تواترت السنة به ايضا وفي ذلك ضرورة ايضا فلذلك جعل خبر الفاسق
حجة في هذا الباب ولم يشرط العدالة للضرورة ولكن السامع يحكم رايه في الفاسق بخلاف العدل
وقد مر تمام ما يجعل الخبر فيه حجة وما لا يعد اقسام بما مر في له وتقبل في المعاملات قول الفاسق

فقوله بخبر صحيح لانه صدر عن عقل ودين مع اعتقاد حرمة الكذب قوله لما مر من قبل اي في فصل
الاكل والشرب في مسئلة ومن ارسل اجيرا له مجوسيا وهذا لان خبر الواحد في المعاملات مقبول من
غير اشتراط العدالة دفعا للحرج وهذا يعتمد على قول الدلال والمشتري منه عادة من غير رجوع الى صاحب المال
قوله لما قلنا اشارة الى قوله لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له قوله على ما مر اشارة الى ما قال في فصل
الاكل والشرب لان قول الواحد يقبل في المعاملات دفعا للحرج قوله وان كان اكبر رايه انه كاذب
لم يسع له ان يعرض لشيء من ذلك اي يتصدى لشيء من الابتياع والوطء يعني لا يشتريها ولا يطاها وفي بعض
النسخ ان يتعرض لشيء اي يتعرض قال في الكافي وكذا الطعام والشراب في جميع ذلك قوله وكذلك
اذا لم يعلم انها لفلان يعني هذا الذي قلنا فيما اذا راى الجارية في يد فلان وعلم انها لم تزل انها
في يد اخر سمعها وقال وكلني ببيعها اما اذا لم يعلم ذلك ولكن ذو اليد قال انها لفلان وكلني ببيعها
او تصدق بها علي او وهبها لي واشتريتها منه فان كان ثقة صدقه السامع فيه وان لم يكن ثقة
ولكن اكبر راي السامع انه صادق صدقه وان كان اكبر رايه انه كاذب فيه لم يقبل ذلك منه ولم
يشترها وان كان لم يخبره ان ذلك الشيء لغيره فلا باس بشرائه وقبوله منه وان كان غير ثقة
الا ان مثله لا يملك مثل ذلك كالدرة في يد الفقير والكتاب النفيس في يد الجاهل فالتنزه ولا يتعرض
له بشراء ولا غيره لانه وقع التردد في حاله فوجب التنزه والاحتياط ولكن مع ذلك لو اشترى
كان في سعة لاعتماده على الدليل الشرعي وهو ان اليد دليل الملك والتنزه افضل قوله وان
كان الذي اتاه بها عبدا او امة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسال اي اذا اتاه عبد او جارية بجارية فاراد عبدا
بيع الجارية فلا يشتري قبل السوال عن ذلك فان ذكر ان مولاه قد اذن له فيه وهو ثقة مامون
فلا باس بشرائه وقبوله منه وذلك لان يد المملوك لا تصلح دليلا للملك لان الرق مناف فاذا
اخبر ان مولاه قد اذن له فلا باس بشرائه لان خبر الواحد مقبول في المعاملات وهذا اخبار لا
في غير موضع المنازعة فيقبل وان لم يكن ثقة عمل باكبر الراي فان كان اكبر رايه انه صادق
صدقه وان كان اكبر رايه انه كاذب لم يعرض لشيء من ذلك وان كان لا راي له لم يشتري
منه لوجود المانع للملك وهو الرق وهو معنى قوله لقيام الحاجر بالراء المهملة لان الرق
حاجر عن التصرف اي مانع عنه فلم يوجد نوع دليل لا يعمل بمجرد اليد قال في الكافي وكذا لو ان
الغلام الذي لم يبلغ حرا كان او مملوكا سمعا بخبر انه اذن له ببيعه او ان فلانا بعث معه
اليه هدية او صدقة فان كان اكبر رايه انه صادق وسعه ان يصدقه وان كان اكبر رايه انه

كاذب

كاذب لم يسعه ان يقبل منه شيئا وذلك لان اكبر الراي فيما لم يوقف على حقيقته كاليقين وقد مر ذلك
قبل هذا عند قوله وفيها تفصيلات وتفريعات في فصل الاكل والشرب قال محمد في الاصل بلغنا
ان بريرة اتت عايشة بهدية واخبرتها انها صدقة تصدق بها عليها فاخبرت عايشة بذلك
رسول الله تعالى صلى الله عليه وسلم هي لها صدقة ولنا هدية فهذا دليل على قبول قول الواحد
في دعواه تلقي الملك من جهته قال شمس الايمة السرخسي في شرح الكافي وكان شيخنا الامام
يقول يعني شمس الايمة الحلواني الصبي اذا اتى بقالا بفلوس ليشتري منه واخبره ان امه امرته
بذلك فان طلب الصابون ونحوه فلا باس ببيعه منه وان طلب الزبيب وما ياكله الصبيان
عادة لا ينبغي ان يبيعه منه لان الظاهر انه كاذب فيما يقوله وقد عثر على فلوس امه
فاراد ان يشتري بها حاجة نفسه وقال في العيون ولو ان صبيا جاء الى العامي بكرا ولوك
او غير ذلك فان طلب منه شيئا ينتفع به في البيت مثل الملح والفلفل ونحو ذلك فلا باس بان
يبيع منه ولو اراد ان يشتري منه جوزا او مستقفا مثل ما يشتري الصبيان فالافضل ان
لا يبيع منه حتى يسال هل اذن له ابوه بذلك ام لا قوله ولو ان امراة اخبرها ثقة او اتاها
بكتاب من زوجها بالطلاق فلا تدري انه كتابه ام لا الا ان اكبر رايها انه حق يعني بعد التحري
فلا باس بان تعتد ثم تتزوج وهذه المسئلة مع ما بعدها الى قوله واذا باع المسلم خمرا
من مسايل كتاب الاستحسان ذكرها تفريعا على مسئلة الجامع الصغير هذا في الاخبار اما
في الشهادة فلا يصح وان كان الشاهد اثنين لانه قضاء على الغايب الا ترى الى ما ذكر الاستروشني
في الفصل الرابع من فصوله اذا شهد شاهدان على الطلاق والزوج غايب لا يقبل لعدم الشهادة
على الخصم ولو كان الزوج حاضرا يقبل وان لم يوجد دعوى المراة بطريق الحسبة وهذا في
الشهادة عند القاضي اما اذا قالوا للامراة الغايب ان زوجك طلقك او اخبرها بذلك
واحد عدل فان انقضت عدتها حل لها ان تتزوج بزوج اخر كذا في الفصول وجملة الكلام
هنا ما قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي رجل تزوج امراة فلم يدخل
بها حتى غاب عنها فاخبره مخبر انها قد ارتدت عن الاسلام فان كان المخبر عدلا ثقة حل له
ان يتزوج باختها واربع سواها لانه اخبر في موضع انقطاع المنازعة عن امر يتصور ان يكون
وقد ظهر الصدق في خبره فحل له بناء الحكم عليه واما اذا غلب على ظنه انه كاذب لا يعمل بخبره
لان الكذب واجب الرد وكذا لو كانت صغيرة فاخبر انها ارتضعت من امه او اخته لان هذا

من باب الديانة فيقبل خبر الواحد ولو قال تزوجتها يوم تزوجتها وهي مرتدة او معتدة او نحو
ما لا تصلح من امكر لم يسعه ان يتزوج باختها او اربع سواها وان كان المخبر عدلا لان هذا اخبر
في موضع المنازعة لان الظاهر من حال العاقد انه يدعي صحة عقده وهذا يدعي فساده فلا يقبل
الا اذا شهد عنده شاهدان عدلان على ذلك في الغيب ويحل له ان يتزوج اختها واربعا سواها
ولا يشبه اخباره عن فساد اصل النكاح اخباره عن امر حدث بعده الا ترى ان امراة لو غاب
عنها زوجها فاخبرها مخبر انه قد طلقها او مات عنها وهو ثقة او ليس بثقة لكن اتاها
بكتاب زوجها وكان اكبر رايها انه كتاب زوجها فلا باس بان تعتد وتتزوج وكذلك اذا قالت
المراة لرجل قد طلقني زوجي وانقضت عدتي حل له ان يتزوجها اذا غلب على ظنه صدقها وكذلك
المطلقة ثلثا اذا اخبرت انها استحلت بزوج ثان وطلقها وانقضت عدتها حل للزوج الاول
ان يتزوجها لانها اخبرت عن امر لا منازع لها فيه فيقبل خبرها ولو اتاها رجل فاخبرها ان
اصل نكاحها كان فاسدا وان زوجها كان اخاها من الرضاعة او مرتدا لم يسعها ان تتزوج
بزوج اخر وان غلب على ظنها صدقه لانه اخبر في موضع المنازعة اذ الزوج يدعي صحة العقد
فلا يكون مقبولا وكذلك جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يدي رجل يدعي انها له فلما
كبرت لقيها رجل فقالت ان سيدي قد اعتقني حل له ان يتزوجها ولو قالت انا حرة
الاصل لم يحل له ذلك لما بينا ان الخبر الاول في غير موضع المنازعة اذ الزوج يدعي صحة العقد
والثاني في موضع المنازعة فلا يقبل وكذلك الحرة نفسها لو تزوجت رجلا ثم اتت غيره
فاخبرته ان نكاحها كان فاسدا لم يحل له ان يتزوجها ولو ادعت انه طلقها حل لمن سمع مقالتها
ان يتزوج بها لهذا المعنى وكذلك لو قالت انها ارتدت عن الاسلام بعدما تزوجني او اقر بعد
النكاح انه كان مرتدا حتى تزوجني لانها ادعت امرا عارضا في غير محل المنازعة فيقبل
وذكر في السير الكبير في مسلم دخل دار الحرب للتجارة فشهد عنده امراته رجل مسلم انها ارتدت
وصارت حربية لم يحل لها ان تتزوج بزوج اخر كما في المسلمة ... واثبات نعني في مسئلة الردة
بخلاف ما اخبرها انه طلقها وجه هذه الرواية ان الاخبار عن الردة تكذبه العادة
فلا يقبل بخلاف الطلاق لان العادة لا تكذبه فيه فافترقا كذا في شرح الكافي قوله وعلى هذا
الحرف يدور الفرق اي بين قبول قول الواحد وعدم قبوله يعني اذا كان الاخبار في غير موضع
المنازعة يقبل قول الواحد واذا كان في موضع المنازعة لا يقبل قوله بخلاف ما تقدم انفا

الى انه

الى انه لو قالت كنت امة لفلان فاعتقني حيث يقبل قولها قوله قال واذا باع المسلم خمرا واخذ ثمنها
وعليه دين فانه يكره لصاحب الدين ان ياخذ منه وان كان البايع نصرانيا فلا باس به
اي قال في الجامع الصغير وذلك لان المسلم لا يجوز بيعه الخمر لما روي عن النبي صلى الله
عليه وسلم ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها فاذا لم يجز البيع كان الثمن باقيا على
ملك المشتري فكان حراما على الطالب اخذه لانه لم يملكه البايع بخلاف ما اذا كان البايع
نصرانيا حيث يحل للطالب اخذ الثمن منه لانه ملك ثمن الخمر لان الخمر لهم كالعصير اما لانه رخص
لهم في البيع بالاثر الا ترى الى ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال ولوهم بيعها وخذوا
العشر من اثمانها قال الولوالجي في فتاواه رجل مات وكسبه من بيع الباذق ان تورع
الورثة عن اخذ ذلك كان اولى ويردون على اربابها ان عرفوا اربابها لانه تمكن فيه نوع
خبث وان لم يعرفوا اربابها تصدقوا بها لان سبيل كسب الخبيث التصدق متى تعذر الرد
وكذا الجواب فيما اذا اخذ رشوة او ظلما ان تورع الورثة كان اولى واما اخذ المغني
والنائحة والقوال فالامر فيه ايسر لان فيه اعطا بالرضى من غير عقد وفي الاهدا والضيافة
ينظر ان كان غالب مال المهدي والمضيف من الحرام ينبغي ان لا يقبل ما لم يخبره ان ذلك المال
حلال وان كان غالب ماله حلالا فلا باس بان يقبل حتى يتبين عنده انه حرام رجل مات
وابنه يعلم انه كان يكتسب من خبث لا يحل لكن لا يعلم ذلك بعينه ليرد عليه فالمال حلال له في
الحكم لوجود المطلق وانعدام المانع بعينه فيتصرف فيه حيث شا ولا يومر بالتصدق
كما قلنا فان تورع وتصدق كان اولى لكن يتصدق بنية خصماء ابيه رجل جمع المال وهو
مطراب مغن هل يباح له ذلك ان كان اخذ المال من غير شرط يباح له لانه اعطي المال عن طوع
والمسئلة قد مرت كذا ذكره الولوالجي قوله قال ويكره الاحتكار في اقوات الادميين والبهائم
اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار باهله اي قال القدوري في مختصره والاحتكار
حبس الشي عن البيع بانتظار الغلاء فيما هو مشترى من المصر وفيه ضرر باهله والاصل في كراهية
الاحتكار ما روي في السنن مسندا الى معمر بن عبد الله العدوي قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم لا يحتكر الا خاطي وروى الكرخي في مختصره باسناده الى كثير بن مرة عن ابن عمر
عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد برى من الله عز وجل
وبرى الله منه وايما اهل عرصة هلك فيهم امرؤ جايعا فقد برئت منهم ذمة الله
وروى الكرخي ايضا باسناده الى القسم بن ابي عبد الرحمن عن ابي امامة قال نهى رسول الله

ان يحتكر الطعام وقال الفقيه ابو الليث في كتاب تنبيه الغافلين روى عن سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الجالب مرزوق والمحتكر ملعون قال الفقيه وانما اراد بالجالب الذي يشتري الطعام للبيع فيجلبه الي بلده فيبيعه فهو مرزوق لان الناس ينتفعون به فينالوا بركة دعا المسلمين والمحتكر يشتري الطعام للمنع ويضر بالناس ولا في ذلك تضييقا على المسلمين فلم يجز ولهذا نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان وانما يكره الاحتكار في بلد صغير يضر الاحتكار باهله فاما اذا كان البلد كبيرا لا يضر هذا الفعل باهله فلا يمنع منه لانه حبس ملكه نفسه على وجه لم يلحق ضررا بغيره وكذلك قال ابو حنيفة في تلقي الجلب اذا كان في بلد لا يضر باهله فلا باس **قوله** قالوا هذا اذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلده اي قال المشايخ ان هذا الجواب وهو الكراهة فيما اذا اضر باهل البلده او لم يضر وهو معنى قوله في الوجهين اي في صورة الاضرار وعدم الاضرار **قوله** وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ذهبا او فضة او ثوبا وعن محمد انه لا احتكار في الثياب قال الكرخي في مختصره قال ابن سماعة عن ابي يوسف الاحتكار في كل ما يضر بالعامة احتكار قال والاحتكار ان يحبسه عنده اكثر السنة فان حبسه عنده شهرا او نحو ذلك فانه على قدر ما يحبسه وقال هشام عن محمد الحكرة في الحنطة والشعير والتمر الذي هو قوت الناس والقت الذي هو قوت البهائم وليس في الثياب حكرة ولا في الارز ولا في العسل ولا في السمن ولا في الزبيب حكرة وقال ابو يوسف في الزيت حكرة الي هنا لفظ الكرخي وجه قول ابي يوسف عموم النهي عن الحكرة بلا فصل ولان الضرر يلحق بحكرة هذه الاشيا كالحنطة ولمحمد ان الادهان والعسل ليس من اقوال الابدان فلا يضر عدمها كاسواها وهذا لان الحاجة الاعم الدائمة في الاقوات دون غيرها فلا يكره حبس غير الاقوات وقال بعض مشايخنا قول محمد تفسير لما ابهم ابو يوسف من الخلاف وقال بعضهم عند ابي يوسف يثبت الاحتكار في الثياب وغيرها اذا اضر بالعامة لانه يعتبر وجود الضرر وان لم يكن مما هو قوت ومحمد اعتبر الامر العام الغالب وذكر ان ما يكون فيما هو قوت مطلق قال القدوري في شرح مختصر الكرخي واما قول محمد ان حبس الارز ليس باحتكار فهو محمول على البلاد التي لا يتقوتون به واما في الموضع الذي هو قوت لهم مثل طبرستان فهو احتكار واما الثياب فلان قوام الابدان وبقاء الحياة لا يتعلق بها وقوت الحيوان ما كان قيامه به من الماكول **قوله** ثم قيل هي مقدرة باربعين يوما اي مدة الاحتكار

١٢٨

التي يمنع منها اربعون يوما لما جاء في حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد برئ من الله عز وجل وبرئ الله منه اي خذله الله وقال بعض مشايخنا هي مقدرة بشهر ولم يجعل التقدير بالاربعين في الحديث لان ما لان المعني في المنع عن الاحتكار هو الضرر والضرر يلحق في كثير المده دون قليلها وما دون الشهر قليل ولهذا يسقط الصوم بالجنون شهرا بخلاف ما دونه وكذا اذا جن الوكيل او الموكل جنونا مطبقا بطلت الوكالة وحده شهر عند ابي يوسف ولو قال لاقضين دينه الي قريب فهو على ما دون الشهر لان الشهر وما زاد عليه بعيد ولهذا كان الشهر ادنى الاجل في السلم وما دونه في حكم الحال وقد روينا قبل هذا في مختصر الكرخي عن ابي يوسف انه قدر مدة الاحتكار باكثر السنة وذلك لان الحبس ممنوع منه لانه من الحاق الضرر فاعتبرت المده التي يلحق فيها الضرر غالبا وهو اكثر السنة **قوله** ويقع التفاوت في الماثم بين ان يتربص العزه وبين ان يتربص القحط والعياذ بالله يعني ان اثم من تربص القحط اعظم من اثم من تربص عزة الطعام وهي الغلا **قوله** وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا يعني ان تقدير مدة الاحتكار للمعاقبة في الدنيا حتى يعزره الامام المحتكر وبعاقبه اما الاثم فيحصل وان قلت مدة الاحتكار **قوله** قال ومن احتكر على ضيعته او ما جلبه من بلد اخر فليس بمحتكر اي قال القدوري في مختصره والكلام هنا على وجوه ستة احدها في تفسير الاحتكار والثاني فيما يقع فيه الاحتكار والثالث في كيفية الاحتكار والرابع في بيان مدته والخامس في بيان الشرب والسادس في بيان عقوبته اما الاول فبيانه ان الاحتكار هو الجمع والحبس يقال احتكر الطعام وغيره اذا جمعه يتربص به الغلا كذا في ديوان الادب وقال في مجمل اللغة الحكرة حبس الطعام انتظارا لغلائه وهو الحكر والحكر ايضا في اصطلاح اهل الشرع حبس اقوات الناس والبهائم عن البيع يتربص الغلا شهرا اما ان اشتراه من المصر وفيه اضرار بالناس واما الثاني فقد يختص الاحتكار بالاقوات ام لا وفيه خلاف مر بيانه واما الثالث فبيانه على ثلاثة اوجه ذكرها الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير في وجه لا باس به وفي وجه مكروه وفي وجه اختلفوا فيه اما الذي هو مكروه فهو ان يشتري طعاما في مصر ويمتنع من بيعه وفي ذلك ضرر بالناس فانه مكروه وروي عن محمد بن الحسن انه قال اجبره على البيع فان امتنع من ذلك اعزره ولا اسعره واقول له بعه كما يبيع الناس واما الذي لا باس [illegible]

فهو ما اذا كان له طعام دخل من ضيعته او جلبه من مصر اخر او اشتراه من مصر ولا يضر ذلك بالناس
تعلم من هذا ان ما ذكره صاحب الهداية بقوله فالمذكور قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف يكره
يعني فيما جلبه من بلد اخر فيه نظر لان الفقيه ابا الليث في العيون المتفق عليه وقال القدوري ايضا
في كتاب التقريب روى هشام عن ابي يوسف عن ابي حنيفة فيمن جلب طعاما ثم احتكره لم يكن حكره
انما الحكرة ان يشتري في المصر وقال ابو يوسف ان جلبه من نصف ميل فليس بحكرة واما الوجه
الذي اختلفوا فيه فهو انه اذا اشتراه من الرساتيق وحبسه في المصر قال الفقيه روي عن
ابي حنيفة انه قال لا باس به وفي قول محمد هو محتكر لان اهل المصر ينتفعون بالرساتيق فصار
حكمها حكم المصر قال الفقيه ابو الليث وبه ناخذ ولابي حنيفة ان حق اهل المصر والعامة انما
يجب فيما يجمع في المصر فاما في غير ذلك فلا فصار كمن له شراه من مصر آخر فلا يكون على الناس
بذلك ضرر فلا يكره والثالث لا يكره فعل من احتكر على الاصح لان ذلك خالص حقه لا حق لاحد فيه فلما كان
خالص حقه لم يكن في الحبس ابطالا لحق العامة وكذا اذا جلب من مصر اخر او اشتراه من مصر
ولكن لم يضر بالناس احتكاره حيث لا يكره لان في الاول لم يوجد تعلق حق العامة وفي الثاني
لم يوجد الضرر فصار ذلك تجارة من التجارات فلم يمنع منه واما المكروه فما اذا اشتراه
من مصر فحبسه عنهم وفي ذلك ضرر بهم لان حق العامة تعلق به فحرم حبسه عنهم واما
الرابع من الاوجه الستة وهو بيان المدة فقد مر بيانه قبل هذا واما الخامس وهو التسعير
والسادس وهو العقوبة اذا رفع الى القاضي فسنجي بيانهما بعد هذا **قوله** قال ولا ينبغي
للسلطان ان يسعر على الناس اي قال القدوري في مختصره وعمدة ما ذكر يجب التسعير على الوالي دفعا
للضرر عن العامة ولنا ما حدث صاحب السنن باسناده الى ابي هريرة رضي الله عنه ان رجلا
جا فقال يا رسول الله سعر فقال ادعو الله ثم جاءه اخر فقال يا رسول الله سعر لنا فقال بل الله
يقبض ويرفع واني لارجوا ان القى الله وليس لاحد عندي مظلمة وحدث صاحب السنن ايضا
باسناده الى انس قال قال الناس يا رسول الله غلا السعر فسعره لنا فقال رسول الله صلى الله
عليه وسلم ان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق واني لارجو ان القى الله تعالى
وليس احد منكم يطالبني بمظلمة في دم ولا مال وقال ابو يوسف في كتاب الخراج حدثني محمد
ابن عبد الرحمن بن ابي ليلى عن الحكم بن عتيبة عن رجل حدثه ان السعر غلا على عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم فقال الناس لرسول الله صلى الله عليه وسلم ان السعر قد غلا فوظف وظيفة

نقوم

نقوم عليها فقال ان الرخص والغلا بيد الله ليس لنا ان نجوز امر الله وقضاه ولان الثمن
حق البايع واليه تقديره الا ان يتعدى المغنا ويتعدى تعديا فاحشا فيبيع ما يساوي خمسين بماية
فح يمنع منه دفعا للضرر عن المسلمين واما المتعارف فليس به باس **قوله** واذا رفع
الى القاضي هذا الامر يامر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته قال فخر الاسلام البزدوي
في شرح الجامع الصغير القاضي اذا رفع اليه هذا الامر يامر المحتكر بان يبيع ما فضل عن
قوته وقوت اهله على اعتبار السعة في قوته وقوت اهله وينهاه عن الاحتكار
ويزجره عنه وان رفع اليه مرة اخرى وهو على عادته مصر وعظه وهدده وان رفع
اليه مرة اخرى حبسه وعزره على ما يرى حتى يمنع من سوء فعله فان كان ارباب
الطعام يتحكمون على المسلمين ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن
صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فلا باس به بمشورة اهل الراي والبصر فاذا فعل
فتعدى رجل عن ذلك فباعه بثمن فوق ذلك اجازه القاضي وهذا في قول ابي حنيفة لا يشكل
وانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا ان يكون الحجر على قوم باعيانهم الى هنا لفظ فخر
الاسلام وذلك لانه اذا لم يكن على قوم باعيانهم لا يكون ذلك حجرا بل يكون فتوى في ذلك
قال ومن باع منهم بما قدره الامام صح غير مكره على البيع وقال الكرخي في مختصره وقال محمد
اجبر المحتكر على بيع ما احتكره واعزره ولا اسعر عليه ولكن اقول بع كما يبيع الناس وبزيادة
ما يتغابن الناس بينهم ولا اتركه يبيع العشرة بماية وهو يباع باربعين الى هنا لفظ الكرخي
قال القدوري في شرحه قوله اجبر يجب ان يكون على قولهما على اصلهما في جواز البيع على
الحر فاما على قول ابي حنيفة يجب ان لا يجبر على البيع لان الحجر على الحر لا يجوز **قوله** وهل يبيع
القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على اختلاف عرف في بيع مال المديون
يعني ان فيه اختلاف المشايخ قال بعضهم لا يبيع على مذهب ابي حنيفة ويبيع على مذهبهما
كما في بيع مال المديون المفلس اذا امتنع عن البيع وقيل يبيع بالاتفاق واليه ذهب القدوري
في شرحه قال وقد قال اصحابنا اذا خاف الامام على اهل المصر الهلاك اخذ الطعام من
المحتكرين وفرقه عليهم فاذا وجدوا ردوا مثله وهذا ليس بحجر وانما هو للضرورة
ومن اضطر الى مال غيره وخاف الهلاك كان له اخذه بغير رضاه **قوله** قال ويكره بيع
السلاح في ايام الفتنة اي قال القدوري في مختصره ومراده البيع من اهل الفتنة وذلك

لان فيه اعانة على العدوان وقد نهينا عنه قال تعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان والكراهة
فيما اذا عرف ان المشتري من اهل الفتنة وان لم يعرف انه منهم فلا باس ببيعه منهم لان امور
المسلمين محمولة على الصلاح والاستقامة ولا يكره بيع شيء لا يصير سلاحا الا بفعل اختيار
كالحديد لانه متى كان سلاحا بامتناع غيره لا يكون منسوبا اليه والمسئلة مرت في اخر كتاب
السير **قوله** قال ولا باس ببيع العصير ممن يعلم انه يتخذه خمرا اي قال القدوري في مختصره
وذلك لان المعصية لا تحصل بعين العصير وانما تحصل بعد استحالته الى الخمر ولا يشبه ذلك
بيع السلاح من اهل الفتنة لان المعصية تقع بعين السلاح قيل ان بيع العصير ممن يتخذه
خمرا بيع الحديد من اهل الفتنة وكلاهما لا يكره وان بيع السلاح من اهل الفتنة يبيع الخمر
لان الفساد يقع بعين المبيع ولكن بيع الخمر لا يجوز اصلا لانها ليست بمتقومة في حق المسلم
وبيع السلاح منهم يجوز ويكره لان السلاح مال متقوم والكراهة للمعصية المجاورة
وقال الولوالجي في بيوع فتاواه لا يحل له عبدا امرد اذا اراد ان يبيعه من فاسق يعلم انه يعصي
الله تعالى فيه قال لا يكره هذا البيع لانه اعانة على المعصية **قوله** قال ومن اجر بيتا ليتخذ فيه
بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع الخمر فيه بالسواد فلا باس به اي قال في الجامع
الصغير وصورتها في اصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه قال ولا
باس ان تواجر بيتك يتخذ فيه بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع الخمر فيه بالسواد
قالوا في شروح الجامع الصغير وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا ينبغي ان يكريه
لشيء من هذا لانه اعانة على المعصية ولابي حنيفة انه تصرف في ملك نفسه وهو العقد على
منفعة البيت ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل فاعل مختار فلا يوجب كراهة الاجارة
الا ترى ان المستاجر لو تمكن من البيت ولم يعمل شيئا وجب الاجر وقال فخر الدين قاضي
خان في شرحه اصل هذا اذا باع العصير ممن يتخذه خمرا عند ابي حنيفة يجوز ولا يكره
وعندهما يكره قالوا هذا في السواد لا في المصر لان اهل الذمة يمنعون عن احداث البيع
والكنايس وبيع الخمر في الامصار ولا يمنعون عن ذلك في السواد لان عامة شعاير الاسلام
من الجمع والجماعات والاعياد واقامة الحدود وغير ذلك يختص بالامصار ففي احداث
البيع والكنايس ونحوها استخفاف بالمسلمين بخلاف السواد وقالوا هذا ايضا في سواد
الكوفة لان الغالب فيه اهل الذمة والروافض اما في سوادنا يمنعون عن احداث ذلك

لان الغلبة في بلادنا لاهل الاسلام فيمنعون عن ذلك في السواد والامصار جميعا **قوله**
وهو الاصح وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وفخر الاسلام البزدوي وعند الفضلي لا يمنعون
عن ذلك في السواد وقد مر تمام البيان في كتاب السير **قوله** قال ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب
له الاجر عند ابي حنيفة اي قال في الجامع الصغير صورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
انه قال اخذ الاجر على حمل خمر الذمي يطيب له وهو جائز وقال ابو يوسف ومحمد هو مكروه
قال فخر الاسلام قول ابي حنيفة قياس وقولهما استحسان لهما انه اعانة على المعصية
فيكره لقوله تعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان وروى صاحب السنن باسناده
الى ابن عمر قال قال رسول الله لعن الله الخمر وشاربها وساقيها وبايعها ومبتاعها
وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة اليه وانما لعن الحامل لاعانته على المعصية
بخلاف حمل النجاسة والميتة لانها تحمل للرمي للفساد وفيه تنزيه الطريق وتفريغه عن
النجاسة من غير معصية ولابي حنيفة ان المعصية ليس من لوازم الحمل لانه قد يكون للتحليل
وقد يكون لغيره وانما تحصل المعصية بفعل فاعل مختار لا من نفس الحمل ولا يوجب ذلك
كراهة الحمل والاجر كما لو استاجر لحمل الميتة او النجاسة او لعصر العنب والحديث محمول على
الحمل لقصد المعصية وهو شرب الخمر ولا كلام لنا فيه فان ذلك مكروه قال ولا باس ببيع
بناء بيوت مكة ويكره بيع الارض اي قال في اصل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة قال لا ارى باسا ببيع بناء بيوت مكة واكره بيع الارض الى هنا لفظ اصل الجامع
الصغير وهذه رواية الجامع الصغير وروى الحسن عن ابي حنيفة ان بيع دور مكة جائز
وفيها الشفعة كذا ذكر الكرخي في مختصره وقال في كتاب التقريب وروى هشام عن
ابي يوسف عن ابي حنيفة انه كره اجارة بيوت مكة في الموسم ورخص في غير الموسم
وكذلك قال ابو يوسف وقال هشام اخبرني محمد عن ابي حنيفة انه يكره كرا بيوت مكة في الموسم
ويقول لهم ان ينزلوا عليهم في دورهم اذا كان فيها فضل وان لم يكن فلا وهو قول محمد الى هنا
لفظ التقريب وقال الطحاوي في مختصره وكره ابو حنيفة بيع ارض مكة وهو قول محمد
ورواه محمد عن ابي يوسف ايضا وقد روى غيره عن ابي يوسف ان ذلك لا باس به قال ابو جعفر
هذا اجود والطحاوي اخذ بقول ابي يوسف في جواز بيع الارض في شرح الاثار لا جارة
اخذ بقوله في مختصره وقال في كتاب الاثار بقول ابي حنيفة بانه لا يجوز بيعها

والحاصل ان بيع بنا بيوت مكة جايز اتفاقا لان بناها ملك الذي بناها الا ترى ان من بنا
في ارض الوقف جاز بيع البنا فكذا هذا واما بيع اراضي مكة فلا يجوز عند ابي حنيفة
وهو الظاهر عنه وهو قول محمد وعند ابي يوسف يجوز وقال القدوري في شرحه وقال
الشافعي بيع اراضي مكة جايز وجه الجواز وهو قول ابي يوسف ما روى الطحاوي في شرح
الاثار باسناده الى اسامة ابن زيد انه قال يا رسول الله اتنزل غدا دارك بمكة قال
وهل ترك لنا عقيل من رباع او دور وكان عقيل ورث ابا طالب هو وطالب ولم يرث
جعفر ولا علي لانهما كانا مسلمين وكان عقيل وطالب كافرين فكان عمر بن الخطاب من اجل
ذلك يقول لا يرث المومن الكافر ففي هذا الحديث ما يدل ان ارض مكة تملك وتورث لانه
قد ذكر فيه ميراث عقيل وطالب لما تركه ابو طالب فيها من رباع ودور والرباع جمع ربع
وهو دار الاقامة كذا في الفايق ووجه عدم جواز بيع ارض مكة واجاراتها وهو قول
ابي حنيفة وسفيان ومحمد كذا في شرح الاثار ما روى الطحاوي في شرح الاثار باسناده
الى مجاهد عن عبد الله بن عمرو ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يحل بيع بيوت مكة
ولا اجاراتها وروى الطحاوي ايضا باسناده الى علقمة بن نضلة قال توفي رسول الله
صلى الله عليه وسلم وابو بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم وما رباع مكة تدعى السوايب من
احتاج سكن ومن استغنى اسكن وروى باسناده الى علقمة بن نضلة ايضا قال كانت
الدور على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر وعثمن لا تباع ولا تكرى ولا تدعى
الا السوايب من احتاج سكن ومن استغنى اسكن ورجح الطحاوي قول ابي يوسف
من طريق النظر وقال ورايتا المسجد الحرام الذي كان الناس فيه سوا لا يجوز لاحد
ان يبني فيه بناء ولا يحتجر منه موضعا وكذلك حكم جميع المواضع التي لا يقع لاحد
فيها ملك وجميع الناس فيها سوا الا ترى ان عرفات لو اراد رجل ان يبني في المكان
الذي يقف فيه الناس بناء لم يكن له ذلك وكذلك منى لو اراد ان يبني فيها دارا
كان من ذلك ممنوعا وكذلك جاء الاثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وحدث باسناده
الى عايشة قالت قلت يا رسول الله الا نتخذ لك بمنى شيا تستظل به فقال يا عايشة
انها مناخ لمن سبق فهذا حكم المواضع التي الناس فيها سوا ولا ملك لاحد عليها
ورايتا مكة على غير ذلك قد اجيز البنا فيها وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم دخلها

من دخل دار ابي سفيان فهو امن ومن اغلق عليه بابه فهو امن فلما كانت مما يغلق عليه الابواب
وسمى فيه المنازل كان صفتها صفة المواضع التي تجري فيها الاملاك وتقع فيها المواريث
ولا يجوز احتجاج المخالف لقوله تعالى ان الذين كفروا ويصدون عن سبيل الله والمسجد الحرام
الذي جعلناه للناس سوا العاكف فيه والباد لان المراد منه المسجد الحرام لا جميع اراضي مكة
واما كراهة الاجارة فلما روى محمد في الاثار عن ابي حنيفة عن عبيد الله ابن ابي زياد عن ابي
نجيح عن عبد الله بن عمرو عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من اكل من اجور بيوت مكة شيا فانما
ياكل نارا واما الذي روي انه كره اجارتها لاهل الموسم ولم يكره للمقيم فلان اهل الموسم بهم
ضرورة الى النزول والمقيم لا ضرورة به الى النزول ومن وضع درهما عند بقال ياخذ منه
ما شا يكره له ذلك ذكر هذه المسالة تفريعا واصل ذلك ما روي ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال كل قرض جر منفعة فهو ربا كذا ذكر القدوري في شرحه وهذا بهذه المثابة
لانه اذا كان الدرهم في يده يهلك سريعا فاقرضه البقال حتى ياخذ منه من حاجته الماسة
كالتوابل ونحوها شيا فشيا بذلك الدرهم حالا فحالا وفيه نفع للمقرض لا محالة وهو منهي
ولكن الخلاص عن النهي بان يودع الدرهم عند البقال فياخذ منه بعد ذلك به ما شا شيا فشيا
فاذا هلك الدرهم عند البقال لا ضمان عليه لانه امانة لم يوجد فيها التعدي قال الكرخي
في مختصره في كتاب الصرف وكل قرض جر منفعة لا يجوز مثل ان يقرض دراهم غلة على ان
يعطيه صحاحا او يقرض قرضا على ان يبيع به بيعا لانه روي ان كل قرض جر منفعة فهو ربا
وتاويل هذا عندنا ان يكون المنفعة موجبة لعقد القرض مشروطة فيه وان كانت غير
مشروطة فاستقرض غلة فقضاه صحاحا من غير ان يشترط عليه جاز وكذلك لو باعه شيا
ولم يكن شرط البيع في اصل العقد جاز ذكر ولم يكن به باس الى هنا لفظ الكرخي في مختصره وذلك
لان القرض تمليك الشي بمثله فاذا جر نفعا صار كانه استزاد فيه الربوا فلا يجوز ولان
القرض تبرع وجر المنفعة يخرجه عن موضوعه وانما يكره اذا كانت المنفعة مشروطة في العقد
واذا لم تكن مشروطة فلا باس بها اذا لم تكن مشروطة فيه يكون المقترض متبرعا بها فصار كالرجحان
الذي دفعه صلى الله عليه وسلم في بدل القرض وقد روي عن ابن عمر انه كان يستقرض فاذا
خرج عطاوه اعطاه اجود مما اخذ قال القدوري في شرحه والذي حكي عن ابي حنيفة انه اقرض
رجلا مالا ثم جاء ليقبضه فلم يقف في ظل حايطه ووقف في الشمس حتى خرج اليه فلا اصل له وابو ح

افقه من ذلك لان الوقوف تحت الحائط ليس بمنفعة تملك ولا اوجبها الفرض ولو منع من ذلك
لمنع من الجلوس في سراجه لانه انتفاع به وهذا الاشبه فيه

مسائل متفرقة

قال ويكره التعشير والنقط في المصحف اي قال في الجامع الصغير والتعشير جعل العواشر في المصحف
وهو كتابة العلامة عند عشر ايات وذكر لما روى ابو عبيد باسناده الى عبد الله بن مسعود منتهى م
قال جردوا القرآن ليربو فيه صغيركم ولا ينأى عنه كبيركم فان الشيطان يخرج من البيت يقرأ
فيه سورة البقرة وقال ابو عبيد قد اختلف الناس في تفسير قوله جردوا القرآن فكان
ابراهيم يذهب به الى نقط المصاحف وكان يكره نقط المصاحف ويقول جردوا القرآن
ولا تخلطوا به غيره قال وانما نرى ابراهيم كره هذا مخافة ان ينشأ نشو يدركون المصاحف
منقوطة فيرون ان النقط من القرآن ولهذا كره من كره الفواتح والعواشر وقال ابو عبيد
حدثنا ابو بكر بن عياش عن ابي حصين عن يحيى بن وثاب عن مسروق عن عبد الله
انه كره التعشير في المصاحف وقيل ان رجلا قرأ عنده فقال استعيذ بالله من الشيطان
الرجيم فقال عبد الله جردوا القرآن وقد ذهب كثير من الناس الى ان يتعلم القرآن
وحده ويترك الاحاديث قال ابو عبيد وهذا باطل وليس له عندي وجه وكيف يكون
عبد الله اراد هذا وهو يحدث عن رسول الله باحاديث كثيرة ولكنه عندي ما ذهب
اليه ابراهيم وما ذهب اليه عبد الله تعشير وفيه وجه اخر هو عندي من ابين هذه
الوجوه انه حثهم على ان يتعلموا شيئا من كتب الله غيره لان ما خلا القرآن من كتب الله
انما يوجد عند اليهود والنصارى وليسوا بمأمونين عليها وذلك بين في حديث
حدثنا محمد بن عبيد عن هارون بن عنترة عن عبد الرحمن بن الاسود عن ابيه قال
اصبت انا وعلقمة صحيفة فانطلقنا الى عبد الله فقلنا هذه صحيفة فيها حديث
حسن قال فجعل عبد الله يمحوها بيده ويقول نحن نقص عليك احسن القصص ثم قال
ان هذه القلوب اوعية فاشغلوها بالقرآن ولا تشغلوها بغيره وكذلك حديث
لا تسألوا اهل الكتاب عن شيء فعسى ان يحدثوكم بحق فتكذبوا او
بباطل فتصدقوا به كيف يهديكم وقد اضلوا انفسهم ومنه حديث النبي صلى الله
عليه وسلم حين اتاه عمر بصحيفة اخذها من بعض اهل الكتاب فغضب وقال
امتهوكون فيها يا ابن الخطاب كذا ذكره في غريب الحديث وفسره في الفائق بقوله

حصو

فحفظوا القرآن بان ينشأ على تعلمه صغاركم وبان لا يتباعد عن تلاوته وتدبره كباركم
فان الشيطان لا يقدر في مكان يقرأ فيه وانما كره ابو حنيفة التعشير والنقط لاحد الوجوه
الذي ذهب اليه ابراهيم في حديث ابن مسعود ولان التعشير امر غير مفيد الا التقصير
في حفظ الايات ومعرفتها وكذلك النقط يبطل الاجتهاد في حفظ القرآن ومعرفته
اعتمادا على الخط قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير قال مشايخنا هذا في
زمانهم لا يميل بلدانهم فاما في زماننا لا يميل بلداننا فالنقط حسن وهو امر لا بد منه
لانه ليس في وسع العجم معرفة الاعراب من غير دلالة على ذلك فيؤدي تركه الى هجران القرآن
والاعراض عن حفظه والى تكليف العجم معرفة ما ليس في وسعهم
وقد استحسنه المسلمون من تجديد وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وكره
بالحجر عندنا وقال في شرح الطحاوي لابي بكر الرازي في كتاب الكراهية وكان الشيخ
ابو الحسن يقول لا اكره ما يكتب من تراجم السور حسب ما جرت به العادة لان في
ذلك ابانة عن معنى السورة وهو بمنزلة كتابة التسمية في اوائلها للفصل قوله
وقد ذكرناه اي قبيل باب صلاة الوتر قوله قال ولا بأس بان يدخل اهل الذمة المسجد
الحرام اي في الجامع الصغير فعندنا يحل دخولهم في كل مسجد وعند مالك يحل دخولهم في المسجد ما
وعند الشافعي يحل دخولهم في ساير المساجد الا المسجد الحرام لقوله تعالى يا ايها الذين
امنوا انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا والنجس مصدر ومعناه
ذو انجاس فلا يحجوا ولا يعتمروا كما كانوا يفعلون في الجاهلية بعد حج عامهم هذا وهو
عام تسع من الهجرة كذا في الكشاف ومذهب الشافعي ظاهر لان ظاهر الاية يدل على النهي
من ان يقربوا المسجد الحرام لا غير والشافعي اخذ بقول الزهري كذا قال الفقيه ابو الليث
ولان الكافر نجس فصار كالجنب ولا يدخل الجنب المسجد بالاتفاق فكذا الكافر ولنا
ما روى اصحابنا في كتبهم عن عثمان بن ابي العاص الثقفي ان وفد ثقيف قدموا على رسول الله
فامر لهم بخيمة فضربت في المسجد فقال اصحابه يا رسول الله قوم انجاس يدخلون المسجد
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على الارض من انجاس الناس شيء انما انجاسهم على
انفسهم والاية عند اصحابنا محمولة على ان يمنعوا من تولي المسجد الحرام والقيام بمصالحه
ويعزلوا عن ذلك او على طوافهم عراة كما كانوا يفعلون كذلك في الجاهلية فامر الله تعالى
بتنزيه المسجد الحرام عن ذلك لان نفس الدخول ممنوع يدل على هذا ما حدث البخاري في جامعه

الصحيح باسناده الى حميد بن عبد الرحمن بن عوف ان ابا هريرة اخبره ان ابا بكر بعثه في الحجة
التي امره رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل حجة الوداع في رهط يؤذن في الناس الا
لا يحجن بعد العام مشرك ولا يطوفن بالبيت عريان **قوله** قال ويكره استخدام الخصيان
اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا باس بخصا البهائم وانزاء الحمير على الخيل وقال
ابو جعفر الطحاوي في مختصره ويكره كسب الخصيان وملكهم واستخدامهم وقال ابو حنيفة
لولا استخدام الناس اياهم لما اخصاهم الذين يخصونهم ولا باس باخصا البهائم وبانزاء ... ولا باس
الحمير على الخيل الى هنا لفظ الطحاوي ونقل الناطفي في الاجناس عن كتاب الحج لمحمد بن الحسن
على اهل المدينة قال محمد لا باس باقتناء الخصيان وان يدخلوهم على النساء ما لم يبلغوا الحنث
واقتنا الواحد والكثير سوا وفسره الناطفي في واقعاته بخمس عشرة سنة وذكر لان في الرغبة
في استخدامهم وملكهم حثا على اخصائهم وذلك مثله محرم لقوله عليه السلام لا اخصا في الاسلام
واليه ذهب بعض المفسرين في قوله تعالى فليغيرن خلق الله كذا في الكشاف وغيره
وهو قول عكرمة وقيل فطرة الله التي هي دين الاسلام وهو قول الحسن وعن ابن مسعود
هو الوشم واما اخصا البهائم اذا كان يريد صلاحها فهو مباح في قول عامة العلما فذهب
قوم الى انه لا يحل اخصا شي من الفحول لما روى الطحاوي مسندا في شرح الاثار الى ابن عمر
انه نهى ان يخصى الابل والبقر والغنم والخيل وكان يقول منها نشات الخلق فلا يصلح
الاناث الا بالذكور وجه الاباحة ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين
موجوين وهما المرضوض خصاهما والمفعول به ذلك مقطوع النسل لا محالة فلو كان
ذلك مكروها لما ضحى بهما رسول الله لينتهي الناس عن ذلك ولا يفعلوه لانهم انما علموا
انما اخصي بحسب ويتحامى عما لم يفعلوه الا ترى ان الطحاوي ذكر في باب ركوب
البغال من شرح الاثار ان عمر ابن عبد العزيز اتي بعبد خصي ليشتريه فقال ما كنت
لاعين على الخصا فجعل ابتيا عه اياه عونا على اخصايه لانه لولا من يبتاعه لما خصي
لم يخصه من خصاه ولا يشبه اخصا البهائم اخصا بني ادم لان في البهائم يراد به لطيب
سمنها وقطع عضها فذلك مباح وفي بني ادم يراد المعاصي فذلك حرام والجواب
عن حديث ابن عمر فنقول انه موقوف عليه ولئن صح فالمراد منه الاخصا حتى لا يبقى
شي من ذكور البهائم فذلك مكروه لانقطاع النسل وروى الطحاوي باسناده الى هشام

ابن عمرو

ابن عمرو عن ابيه انه اخصى بغلا وروى ايضا باسناده الى ابن طاووس ان اباه اخصى
جملا له وروي ايضا باسناده الى عطا قال لا باس باخصا الفحل اذا خشي عضاضه وقال
الجاحظ في كتاب الخصيان بعد مذمتهم فاي ذي مروة وغيرة على اهل وحريم واي
ذي دين ينزع نفسه الى اتخاذ سواء الا من يرجل باب الحفل واشرب الخفلة فلا
تكن منهم واتق الله واتق هذه الامة الملعونة التي اول امرها معصية الله حين
يخرجون من حد الرجال الى حد لا هم رجال ولا هم نسا واما انزا الحمير على الخيل فقد كرهه
قوم كذا في شرح الاثار وذكر لما روي في كتاب الجهاد من السنن مسندا الى علي ابن ابي طالب
قال اهديت لرسول الله صلى الله عليه وسلم بغلة فركبها فقال علي لو حملت الحمير على الخيل فكانت
لنا مثل هذه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما يفعل ذلك الذين لا يعلمون وجوابه قد صح
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ركب البغلة فلو كان الانزا مكروها لما ركب رسول الله
صلى الله عليه وسلم حتى يمتنع الناس عن انزا الحمير ومعنى قوله يفعل ذلك الذين لا يعلمون
ان الخيل قد جاء في ارتباطها الاجر ولم يرد مثله في البغال وكانت الخيل في بني هاشم قليلا
فاحب رسول الله ان تكثر فيهم كذا ذكر الطحاوي في شرح الاثار وفي اخر مختصره ايضا **قوله**
ولا باس بخصا البهائم وانزا الحمير على الخيل هذا لفظ القدوري وقد مر بيانه يقال خصاه يخصيه
خصا بالكسر والمد من باب رماه يرميه اذا نزع خصيتيه وهو المشهور عند اهل اللغة
وقد وردت الرواية في كتب محمد والطحاوي بلفظ الاخصا ايضا من المستعبد والنزو الوثب
يقال انزاه فنزا وقال الواقعات الفقه لا باس بكي البهائم للعلامة لان فيه منفعة ولا باس
بثقب اذن الطفل من البنات لانهم كانوا يفعلون ذلك في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم من
غير انكار وكذا لا باس بكي الصبيان اذا كان لداء اصابهم لان ذلك مداواة ومنه المثل اخر الدوا
الكي **قوله** قال ولا باس بعيادة اليهودي والنصراني اي قال في الجامع الصغير وهذه من الخواص
اعلم ان عيادة اهل الذمة لا باس بها بدلالة الكتاب والسنة ونوع من المعقول اما الكتاب فقوله
تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم وتقسطوا
اليهم ان الله يحب المقسطين بيانه ان الله تعالى لم ينهنا عن ان نبرهم فكان البر مشروعا والعيادة
بر ومواصلة فتكون مشروعة بخلاف الحربي فانا نهينا عن بره بالاية بعد هذه واما السنة
فما روى محمد في كتاب الاثار وقال اخبرنا ابو حنيفة قال حدثنا علقمة بن مرثد عن ابن بريدة الاسلمي

مخطوطات

عن ابيه قال كنا جلوسا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اذهبوا بنا نعود جارنا
اليهودي قال فاتيناه فقال كيف انت وكيف قال ثم قال يا فلان اشهد ان لا اله الا الله
واني رسول الله فنظر الرجل الى ابيه وكان عند راسه فلم يرد عليه شيئا فسكت ثم قال
يا فلان اشهد ان لا اله الا الله واني رسول الله فنظر الى ابيه فلم يكلمه فسكت ثم قال يا فلان
اشهد ان لا اله الا الله واني رسول الله فقال له ابوه اشهد له فقال اشهد ان لا اله الا الله
وانك رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحمد لله الذي اعتق بي نسمة من النار
قال محمد وبه ناخذ لا نرى بعيادة اليهودي والنصراني والمجوسي باسا الى هنا لفظ كتاب
الاثار وكان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم والتابعون كانوا يعودون اليهود
والنصارى واما المعقول فان فيها الفة ربما تكون هي سببا لاسلام المريض فلم يكن
بذلك باس ونص محمد في المجوسي على انه لا باس بعيادته ولكن المشايخ اختلفوا فيه منهم
من قال لا باس به لانهم من اهل الذمة كاليهود والنصارى وقال بعضهم لا يجوز لان
المجوس ابعد من الاسلام الا ترى انه لا تباح ذبيحة المجوسي ونكاحهم بخلاف اليهود
والنصارى واختلفوا في عيادة الفاسق والاصح انه لا باس به لانه مسلم والعيادة من
حقوق المسلمين كذا قال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير قوله قال ويكره
ان يقول الرجل في دعائه اسالك بمعقد العز من عرشك اي قال في الجامع الصغير وصورتها
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة انه كان يكره ان يدعو الرجل فيقول اسالك بمعقد العز
من عرشك الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وهذه من الخواص قال فخر الاسلام البزدوي
في شرح الجامع الصغير وللمسئلة عبارتان احديهما بمقعد العز من القعود والثانية من
العقد فان كان من القعود فلا يشكل كراهيته لانه وصف الله تعالى بما هو باطل وهو القعود
وهو التمكن من العرش وذلك قول المجسمة وهو قول باطل وان كان من العقد وهو
الحروف في هذا الدعاء فانه يكره ايضا لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وان عزه حادث
اذ تعلق بالمحدث والله عز وجل لم يزل ولا يزال والعز صفته لم يزل موصوفا به ولا يزال
موصوفا به وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وقال بعضهم لا باس به لانه
روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يدعو بذلك ويقول اللهم اني اسالك بمعقد
العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك

الثالثة

الثالثة قال الفقيه وبه ناخذ وقال الكرخي في مختصره قال ابو يوسف لا اكره هذا واكره بحق
فلان وبحق انبيائك ونحوه لانه لا حق لاحد على الله تعالى قوله قال ويكره اللعب بالنرد
والشطرنج والاربعة عشر وكل لهو اي قال في الجامع الصغير وهي من الخواص اما النرد
فهو حرام بالاجماع لما روي في اواخر كتاب السنن مسندا الى ابي موسى الاشعري قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله وروى صاحب السنن
ايضا باسناده الى سليمان بن بريدة عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من لعب بالنردشير
فكانما غمس يده في لحم الخنزير ودمه واما الشطرنج فان قامر به فهو حرام بالاجماع لان الله
تعالى حرم القمار وان لم يقامر به فكذلك عندنا وقال الشافعي لا باس به لانه تحصل به تذكية
الافهام ولنا انه عبث فهو حرام لقوله تعالى افحسبتم انما خلقناكم عبثا او نقول انه لهو سوى
الثلاث التي ذكرها رسول الله صلى الله عليه وسلم فيكون حراما روى صاحب السنن في كتاب
الجهاد باسناده الى عقبة بن عامر الجهني قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان
الله عز وجل يدخل بالسهم الواحد ثلاثة نفر الجنة صانعه يحتسب في صنعته الخير والرامي ومنبله
وارموا واركبوا وان ترموا احب الي من ان تركبوا ليس من اللهو الا ثلاث تاديب الرجل فرسه
وملاعبته اهله ورميه بقوسه ونبله ومن ترك الرمي بعد ما علمه رغبة عنه فانها نعمة تركها
او قال كفرها وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ما انا من دد ولا الدد مني
والدد هو اللعب وروي عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه مر بقوم يلعبون الشطرنج فقال
ما هذه التماثيل التي انتم لها عاكفون وروي عن ابن عمر [illegible] مر بقوم يلعبون به وقد
شبه علي عملهم بعمل عبادة الاوثان وقال في الكشاف وعن علي رضي الله عنه ان النرد والشطرنج
من الميسر ولانه لهو ولعب يصد صاحبه عن الجمع والجماعات وهو الغالب عليه فاما منفعته
فنادرة مغلوبة والعبرة للغالب في التحريم الا ترى الى قوله تعالى يسالونك عن الخمر والميسر قل فيهما
اثم كبير ومنافع للناس واثمهما اكبر من نفعهما فاعتبر الغالب في التحريم ورايت صاحب شطرنج
يصلي فيصلح على الجماعة ومن اباحه فقد اعان الشيطان على الاسلام والمسلمين كذا قال فخر الاسلام
وقد اورد الامام ابو موسى محمد بن ابي بكر المديني في كتاب الامالي في اسامي الرجال باسناده
الى حبة بن مسلم رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ملعون من لعب بالشطرنج

والناظر اليها كالآكل لحم الخنزير واورد الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير سؤالا وجوابا
فقال فان قيل اذا لعب بالشطرنج يريد من ذلك تعلم الحرب قيل له يكون وزره اشد لانه
اتخذ آيات الله هزوا لانه يرتكب المعصية ويظهر من نفسه انه يريد الطاعة ثم الذي
يلعب بالشطرنج ان قامر به اسقط عدالته ولم تقبل شهادته وان لم يقامر به لم تسقط
عدالته وتقبل شهادته لانه متاول ولم ير ابو حنيفة باسا بالسلام عليهم حتى يشغلهم
عما هم فيه ذكره ابو يوسف وكرها اهانة لهم وقال الفقيه ابو الليث الاربعة عشر لعب يستعمل
اليهود **قوله** قال ولا باس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته
ويكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه
محمد عن يعقوب قال سالت ابا حنيفة عن هدية المملوك التاجر ودعوته اياي وعن عاريته
دابته فلم ير به باسا وكره كسوته الثوب وهبته الدراهم والدنانير الى هنا لفظ
اصل الجامع الصغير وقال الكرخي في كتاب المأذون من مختصره ولو اهدى المأذون
هدية او دعا رجلا الى منزله لغداه او اعار رجلا دابته ليركبها او ثوبا ليلبسه فذلك
جائز لا باس به ولا ضمان على الرجل الحر في شيء من ذلك ان عطبت الدابة تحته او تخرق الثوب
من لبسه ولا باس ان يقبل الرجل ذلك من العبد ان كان على العبد دين او لم يكن هذا استحسان
من ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وليس بقياس قال محمد حدثنا اسرائيل بن يونس عن منصور
عن ابراهيم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يجيب دعوة المملوك قال وبلغنا ان سلمان
الفارسي اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو مملوك فقبل واكل واكل اصحابه
واتاهم بصدقة فامر اصحابه فقبلوها ولم ياكل شيئا منها وبلغنا عن عمر بن الخطاب انه سئل
عن العبد يتصدق بالشيء قال بالرغيف ونحوه ولا باس بصدقة العبد المأذون له
بالطعام وقال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد ليس للعبد المأذون ان يهب درهما
ولا يتصدق به ولا يكسو ثوبا انما استحسن من ذلك في الطعام ونحوه الى هنا لفظ مختصر
الكرخي والقياس ان ذلك كله باطل لان العبد ليس من اهل التبرع وفي الاستحسان
جائز في الهدية اليسيرة والضيافة اليسيرة ولما روي عن سلمان انه اهدى الى رسول
الله صلى الله عليه وسلم فقبل وقال الفقيه ابو الليث وغيره في شروح الجامع الصغير

روي عن ابي سعيد

روي عن ابي سعيد مولى ابي اُسيد قال اعرست وانا عبد فدعوت رهطا من اصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيهم ابو ذر فاجابوني والفقه فيه ان الهدية اليسيرة والضيافة
اليسيرة من ضرورات التجارة لان التاجر اذا فتح دكانه لم يخل امره من طالب تجارة يحتاج
الى شربة ماء او رغيف او ما اشبه ذلك ولو منع من ذلك لانسد باب التجارة وامرض
عنه الطالبون ومن ملك شيئا ملك ما كان من ضروراته لان ذلك لا ينفك عنه وكذلك الجارية
لا تقوم التجارة الا بها لانه لا بد من ان يقعد الناس على دكانه ولا بد من تسليم وعافيه ما يلغ
وما اشبه ذلك فدخل في ولاية التجارة فاما هبة الثوب والدراهم والدنانير فلا ضرورة
في ذلك فرد الى اصل القياس وقال الفقيه ابو الليث لو تصدق المأذون بمقدار فضة
او نصف دانق وجب ان يجوز وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح كتاب المأذون
لم يقدر محمد مقدار ما يتخذ من الضيافة اي قدر يتخذ وروي عن محمد بن سلمة انه على قدر مال
تجارته فان كان مال تجارته مثلا عشرة الاف درهم فاتخذ ضيافة مقدار عشرة دراهم
كان يسيرا وان كان مال تجارته عشرة دراهم كان دانق كثيرا والباقي مر في المأذون
وسلمان الخير الفارسي ابو عبد الله اصله من رام هرمز وقيل من اصبهان من قرية يقال لها
جي اسلم عند قدوم النبي عليه السلام المدينة وكان عبدا لبعض بني قريظة وكاتبوه فادى
عنه النبي صلى الله عليه وسلم كتابته وعتق وتوفي في خلافة عثمان بالمدائن هكذا قاله
الواقدي كذا في كتاب الهداية والارشاد **قوله** قال ومن كان في يده لقيط لا اب له
فانه يجوز له قبضه الهبة والصدقة له اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يكون في يده اللقيط ليس له اب فيوهب له هبة
فيقبضها عليه او يتصدق بصدقة فيقبضها له قال هو جائز اذا كان في حجره وقال يعقوب عن ابي حنيفة
انه قال ان آجر الغلام لم يجز والام يجوز اجارتها اذا كان في حجرها الى هنا لفظ اصل الجامع
الصغير وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير والقياس ان لا يجوز لانه لا ولاية للملتقط
عليه ووجه الاستحسان ان في ذلك منفعة للصغير وهو ما دون في تحصيل المنفعة له فاما
اجارة الملتقط فلا تجوز على رواية الجامع الصغير وتجوز على رواية القدوري لان فيها
تثقيف الصبي وحفظ حاله من الضياع وجه هذه الرواية ان الملتقط ليس له ولاية عليه
فلم يملك اجارته وكذلك العم بخلاف الام فان لها ان تتلف منافعها بلا عوض بالاستخدام

فلان تتلف بالعوض اولى وذكر الفقيه ابو الليث في شرحه في اجارة الام قياسًا واستحسانًا
ففي القياس لا يجوز كما لا يجوز بيع ماله وفي الاستحسان يجوز لان للام ولاية الحفظ وفي الاجارة
تحصين الولد وحفظه والحاصل هنا ما ذكره فخر الاسلام وغيره في شرح الجامع الصغير ان التصرف
على الصغار على انواع نوع من باب الولاية لا يملكه الا من هو ولي كالانكاح والشراء والبيع
في اموال الصبي ونوع اخر هو ما كان من ضرورات حال الصغر وهو شرا ما لا بد للصغير منه
وبيعه وذلك جائز ممن يعول وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط اذا كان في حجرهم
فاذا ملك هؤلاء هذا النوع فلان يملكه الاولياء اولى الا انه لا يشترط في حق الاولياء
ان يكون في حجرهم وايديهم ونوع اخر ما هو نفع محض فيملكه الصبي العاقل والام ومن يعوله
من الاخ والعم والملتقط لانه لما كان نفعًا محضًا اشبه الانفاق فملك هؤلاء قبول الهبة
والصدقة والقبض نفع محض فملكه الملتقط كذلك وقوله ليس له اب ليس بامر لازم اذ اللقيط
هو الذي لا يعرف له اب او كان من الزنا فلم يكن له اب في الحكم ايضًا وذلك لانه
ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج وهي عنده يعولها ولها اب فوهب لها انها لو قبضت
وهي تعقل او قبض لها ابوها او زوجها صح ولم يمتنع صحة قبض الزوج عليها لقيام الاب
لانه لما كان نفعًا محضًا كان تحقيق معناه في فتح باب الاصابة من كل وجه من وجه الولاية
ومن وجه العول والنفقة ومن جهة العقل والتمييز لان العلل كلها موجودة وليس في ذلك
مدافعة في الحكم وبيان الولي مر في اخر النكاح **قوله** واجارة الصغار وفي بعض
النسخ واجارة الاظآر وهي الصحيحة لان اجارة الصغير ليست من ضرورات حال
الصغار لا محالة ولهذا لم يذكرها الصدر الشهيد وفخر الدين قاضي خان في شرحيهما
فاما اجارة الاظآر فمن ضرورات حال الصغار كثيرا اما لا بد للصغير منه كالطعام والكسوة
وايضا حينئذ يلزم التشفي على رواية هذا الكتاب اعني الجامع الصغير لانه صرح فيه ان
الملتقط لا يجوز له ان يواجر اللقيط نعم على رواية القدوري يجوز ذلك لتتحقيق الصبي
عن الضياع ولا كلام لنا فيه وفي بعض النسخ واجارة الاظآر للصغار وهي واضح
قوله ولو اجر الصبي نفسه لا يجوز وذلك لان عقد الصبي انما يصح فيما هو نفع محض وليس
في لزوم العقد منفعة خالصة لانه مشوب بالضرر ومع هذا لو فرغ من العمل وجب
المسمى استحسانًا لانه انقلب نفعًا محضًا وقد مر ذكره في باب اجارة العبد **قوله** ويكره

يجعل الرجل

يجعل الرجل في عنق عبده الراية اي قال في الجامع الصغير وصورتها محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
انه كان يكره ان يجعل الرجل في عنق عبده الراية ولا يكره ان يقيده الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير
والراية بالراء المهملة غل يجعل في عنق العبد من الحديد علامة على انه ابق واما الداية بالدال فليس
بشيء وهو غلط من الكاتب وهي من الخواص قالوا وتفسيرها ما كان بعد ان يجعل على عنق عبده طوق
حديد مسمار ابحسمار عظيم يمنعه من ان يحرك راسه وهذا معتاد بين الظالمين وهو باطل
حرام لانه محدث وشر الامور محدثاتها وقال النبي صلى الله عليه وسلم وكل محدث بدعة وكل
بدعة ضلالة وكل ضلالة في النار ولانه عقوبة الكفار وعقوبة اهل النار واما القيد فهو
سنة المسلمين ولم يزل المسلمون على هذا وهو تقييد السفهاء والدعار فكذلك العبيد يحسن
تقييدهم احترازًا عن اباقهم والتمرد على مواليهم وتعرضهم بالمكروه وقال الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير وكان هذا في الزمن الاول واما في زماننا هذا فقد جرت العادة في
الراية اذا خيف منه الاباق وقد يحتاج الناس اليه وخاصة في العبيد الهندي **قوله** واهل
الدعار اه الداعر الخبيث المفسد ومصدره الدعارة وهي من قولهم عود دعر اي
كثير الدخان **قوله** قال ولا باس بالحقنة اي قال في الجامع الصغير وهي من الخواص واصله
ان استعمال الدواء جائز بدليل ما روى البخاري باسناده الى ابي هريرة رضي الله عنه قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما انزل الله داء الا انزل له شفاء وقد صح عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه تداوى والعقد اجماع المسلمين عليه ولم يفصل في الجامع الصغير بين
الرجل والمراة فيجوز التداوي لهما جميعًا بالحقنة الا انه لا يستعمل المحرم في الحقنة كالخمر
وما اشبهها لان الاستشفاء بالحرام حرام بدليل ما روى صاحب السنن باسناده الى
ابي هريرة قال نهى رسول الله عن الدواء الخبيث وروى صاحب السنن ايضا باسناده الى
سعيد بن المسيب عن عبد الرحمن بن عثمان الانصاري ان طبيبًا سال النبي عليه الصلاة والسلام عن
ضفدع يجعلها في دواء فنهاه النبي صلى الله عليه وسلم عن قتلها وروى صاحب السنن
ايضا باسناده الى ابي الدرداء قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله انزل الداء والدواء
وجعل لكل داء دواء فتداووا ولا تتداووا بحرام وهذا اذا فعل الحقنة للدواء فان فعل لاجل
السمن ففي ابي يوسف انه لا باس به لان الهزال اذا فحش يورث السل ولا يقال ان التداوي
ينافي التوكل ونحن امرنا بالتوكل لانا نقول قال فخر الاسلام البزدوي وغيره المذهب عند اهل

نشاها

السنة والجماعة وانه الفتوى ان التوكل المامور به بعد كسب الاسباب ثم التوكل بعده على الله
تعالى لا على الاسباب والحقنة من هذا القبيل وقيل الاستشفا بالحرام انما لا يجوز اذا لم يعلم
ان فيه شفا اما اذا علم ان فيه شفا وليس له دوا اخر غيره يجوز الاستشفا به وقال
في الفتاوى في التداوي بلبن الاتان اذا اشار واليه لا باس به قال الصدر الشهيد وفيه
نظر لان لبن الاتان حرام والاستشفا بالمحرم حرام وقد مر الكلام في ان لبن الاتان طاهر
ام نجس في اول الكتاب في فصل الاسار وقال في خلاصة الفتاوى رجل استطلق بطنه
او رمدت عيناه فلم يعالج حتى اضعفه ومات لا اثم عليه فرق بين هذا وبين ما اذا صام
ولم ياكل وهو قادر حتى مات حيث ياثم والفرق ان الاكل مقدار قوته فرض لان فيه
شبعا بيقين فاذا ترك كان متلفا نفسه ولا كذلك المعالجة لان الصحة بالمعالجة
غير معلومة قوله قال ولا باس برزق القاضي اي قال في الجامع الصغير قالوا هذه
المسلة على وجهين اما ان يكون شرطا ومعاقدة كعقد الاجارة او كفاية ومؤنة
كالنفقة اما الوجه الاول فباطل حرام لان القضا اعظم الطاعات فاذا بطل الاستيجار
على ساير الطاعات فعلى هذه احق الا ترى ان حكم القاضي بالرشوة لا ينفذ وان كان القاضي
لا ينعزل عنها بالجور والفسق والارتشا ولكن يستحق العزل فيعزل خلافا للمعتزلة
فان عندهم ينعزل بالفسق واما الثاني فلا باس به لانه محبوس بحق المسلمين
فيكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان الحبس من اسباب النفقة كما في
النكاح والعدة والوصي والمسافر اذا سافر بمال المضاربة او حج به الا ترى ان
ابا بكر رضي الله عنه كان رجلا تاجرا كل يوم كان يغدو الى السوق فيبيع ويبتاع
وكان في اول خلافته الى ستة اشهر كذلك ثم نظر في امره فقال والله ما يصلح امر الناس
التجارة وما يصلحهم الا التفرغ لهم والنظر في شانهم فترك التجارة واستنفق من مال
المسلمين ما يصلحه ويصلح عياله يوما بيوم ويحج ويعتمر وكان الذي فرضوا له في كل سنة
ستة الاف درهم فلما حضرته الوفاة قال ردوا ما عندنا من مال المسلمين كذا في طبقات
الكبير وكان عمر ياخذ كفايته وقد بعث رسول الله عليا الى اليمن وفرض له وبعث عتاب بن اسيد
الى مكة ورزقه كل سنة اربعين اوقية وروي عن عمر رضي الله عنه انه رزق شريحا
كل شهر خمسمائة درهم كذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وغيره بحق فاما اذا

كتاب

كان

كان هو اما جمع بباطل لم يحل اخذه بحال لان سبيل الحرام والغصب رده على اهله وليس ذلك
بمال كان محتاجا فان الافضل بل الواجب عليه ان ياخذ رزقه وكفايته لانه لا يتوصل الى
اقامة ما عليه الا بذلك فلما كان القضا فرضا عليه افترض ما لا يتوصل اليه الا به فاما اذا
كان غنيا عنه فان المشايخ اختلفوا فقال بعضهم اخذه حلال لان الغنا لا يقوم للنفقة الدارة
مع الشغل عن الكسب وتركه افضل رفقا ببيت مال المسلمين وتنزها عن الحلال وقال
بعضهم بل اخذه افضل صيانة عن الهوان ونظرا لمن ياتي بعده من المحتاجين لان الرزق
اذا انقطع بعد ذلك اعادته اذا نزل منزلة من يحتاج اليه وانما سماه رزقا لعلم انه
مقدر بالكفاية في كل زمان قال الصدر الشهيد وانما يعطى في زماننا رزق السنة
في اول السنة لان الخراج يوخذ في اول السنة ثم قال وهذا الان من قبل اما في زماننا
يوخذ الخراج في اخر السنة وهذا فلنا ان ما يوخذ من الخراج خراج سنة ماضية ثم قال
وعليه الفتوى فلو اخذ الرزق في اول السنة ثم عزل قبل مضي السنة هل يجب عليه
رد رزق ما بقي من السنة قال بعضهم يجب وقال بعضهم على قول محمد يجب وعلى قول ابي
يوسف لا يجب وجعلوا هذه المسلة قياسا على نفقة الزوجة اذا استعجلت نفقة السنة
فمات الزوج في بعض السنة لا ترد نفقة ما بقي عند محمد خلافا لابي يوسف واليه اشار الخصاف
في نفقاته والصحيح هو القول الاول كذا ذكر الصدر الشهيد فخر الدين قاضي خان فان قيل
من اي مال كان فرض النبي صلى الله عليه وسلم ولم يكن يومئذ الدواوين ولا بيت المال
وانما كانت الدواوين في زمن عمر رضي الله عنه قيل كان ذلك من الفي وقيل مما اخذه من
نصارى بني نجران ومن الجزية التي اخذها من مجوس هجر قال ابو يوسف باسناده
في كتاب الخراج الى ابن عباس قال اخذ رسول الله الجزية من مجوس هجر قال ولا باس
ان تسافر الامة وام الولد بغير محرم اي قال في الجامع الصغير واصل ذلك ان الاجانب في حق
الاما كالمحارم في حق الحراير في حق النظر والمس فجاز السفر لهما مع الاجانب كما جاز للحراير
مع المحارم وام الولد مملوكة ولهذا جاز استخدامها لقيام الرق فيها الا انه لا يجوز بيعها
لاستحقاقها الحرية والله اعلم قوله على ما ذكرنا من قبل اشارة الى ما ذكر قبل فصل الاستبرا
بقوله واما الخلوة والمسافرة فقد قيل يباح كما في المحارم

كتاب احياء الموات

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية من حيث ان في مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره

قوله قال الموات ما لا ينتفع من الاراضي لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة اي قال القدوري في مختصره واراد بقوله او ما اشبه ذلك ان تصير الارض سبخة او تغلب عليها الرمال فصارت زراعتها متعذرة وانما سمي ما لا ينتفع به من الارض مواتا لبطلان الانتفاع بها شبهها بالحيوان اذا مات تبطل الانتفاع به والمراد باحياء الموات تسبب للحيوة النامية لقوله تعالى فاحيينا به الارض بعد موتها قال الامام الاسبيجابي الاصل في هذا ان من ملك شيا من مسلم او ذمي باي سبب فانه لا يزول ملكه عنه بالترك كما اذا ملك دارا او ارضا ثم خربها ومضت عليه السنون والقرون فهو على ملك مالكه الاول ولا يكون ذلك الارض ارض موات وارض الموات هي التي لم تكن ملكا لاحد ولم تكن من مرافق البلدة وكانت خارج البلدة قريبة من البلدة او بعيدة حتى ان بحرا خارج البلدة قريبا منها لو جزر ماؤه او اكمة عظيمة لم تكن ملكا لاحد كان ذلك الارض ارض موات في ظاهر الرواية وقال الطحاوي وما قرب من العامر فليس بموات وهذا غير ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف قال ارض الموات هي البقعة التي لو وقف الرجل على ادناه من العامر فنادى باعلى صوته لم يسمعه اقرب من في العامر اليه الى هنا لفظ شرح الطحاوي وقال في خلاصة الفتاوي واراضي بخارا ليست موات لانها دخلت في القسمة وتصرف الى اقصى مالك او الى مالك في الاسلام او الى ورثتهم فان لم يعلم فالتصرف الى القاضي حينئذ **قوله** فما كان عاديا لا مالك له او كان مملوكا في الاسلام ولم يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان من اقصى العامر فصاح لا يسمع صوته فيه فهو موات اي قال القدوري في مختصره هذا الذي شرط القدوري هو اختيار الطحاوي وهو غير ظاهر الرواية فعلى ظاهر الرواية لا يشترط البعد من القرية وقد مر قبل هذا والمراد من العادي ما كان خرابه قديما ولا يعرف له مالك لا ان يكون منسوبا الى عاد لان جميع الاراضي ليست منسوبة الى عاد وانما كنى بذلك عن القديم خرابها لان عادا في قديم الايام وحلية القول هنا ما ذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهرزاده في شرح كتاب الشرب قال محمد كل ارض لا يملكها احد وقد انقطع عنها الماء واتفاق اهل المصر والقرية بها كان مواتا وان كانت

قريبا من العمرانات قال وانما شرط هذه الاشياء كلها لتكون الارض ميتة لان النبي صلى الله عليه وسلم ذكر الميتة على الاطلاق ومطلق الاسم ابدا ينصرف الى الكامل والكامل من المسمى ان لا تكون الارض مملوكا لاحد واراد بقوله ان لا يكون مملوكا اي لمسلم او ذمي فان ما كان مملوكا لمسلم او ذمي وصار خرابا او انقطع عنها الماء وارتفاق الناس بها من حيث المرعى والاحتطاب فانه لا يكون ارض ميتة حتى لا تملك باذن الامام عندهم جميعا لان ما كان مملوكا لمسلم او ذمي لا يزول الملك عنها بالخراب وبانقطاع الماء والمرافق بل يصير لوارثه ان عرف وان لم يعرف يرثه جماعة المسلمين فيكون مملوكا والميتة لا يكون مملوكا لاحد ولهذا اقتضى اطلاق اسم الميتة ان لا يكون مملوكا لمسلم ولا لذمي واذا لم تكن الارض مملوكا لمسلم ولا لذمي وانقطع عنها مرافق الناس الا ان الماء لا ينقطع عنها لا يكون ميتة لان حيوة الارض بالماء فاذا لم ينقطع عنه الماء يكون حية واذا انقطع عنها الماء ولم تكن مملوكة لاحد الا انه لم تنقطع عنها مرافق الناس بان كان ينتفع بها اهل مصر او قرية لا يكون ميتة لان الميتة اسم لما لم ينتفع به فشرط هذه الشرائط الثلاث لتكون الارض ميتة ولهذا روي عن ابي يوسف انه زاد على هذا اشتراطا اخرا وهو ان تكون الارض بعيدا من العمرانات فلا يكون قريبا منها لانه متى كان قريبا من العمرانات لا تنقطع عنها ارتفاق اهل العمرانات بواحدة واذا كان بعيدا يكون ميتة والقريب على مذهبه من العمرانات لا يكون ميتة والحد الفاصل بين القريب والبعيد على مذهبه ان يقوم رجل جهوري الصوت من اقصى العمرانات على مكان عال فينادي باعلى صوته فالموضع الذي يسمع صوته منه يكون قريبا منه واذا كان لا يسمع صوته يكون بعيدا من العمرانات هكذا روي عن ابي يوسف كذا ذكر خواهرزاده في شرحه

قوله فيدار الحكم عليه اي على القرب الذي هو دليل الارتفاق فالحاصل ان عند ابي يوسف يدار الحكم على القرب والبعد وعند محمد على حقيقة الارتفاق وعدمه

قوله وشمس الائمة اعتمد على ما اختاره ابو يوسف يعني اخذ بقوله وهو ان ما قرب من العامر لا يكون مواتا وعليه اعتمد القدوري ايضا **قوله** ثم من احياه باذن الامام ملكه وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة وقالا يملكه وهذه من مسائل مختصر القدوري والشافعي اخذ بقولهما كذا في شرح الاقطع لهما ما روى صاحب السنن باسناده الى هشام بن عروة

عن ابيه عن سعيد بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من احيا ارضا ميتة فهي له وليس
لعرق ظالم حق وروى الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى كثير بن عبد الله عن ابيه عن جده
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من احيا ارضا مواتا فهي له وروى ايضا باسناده
الى سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من احاط على شيء فهو له ولانه تملك مباح
او مال مباح فلا يفتقر تملكه الى اذن الامام كالحشيش والصيد ولابي حنيفة رضي الله عنه
ما روى ابو يوسف في تصنيفه المسمى بكتاب الخراج عن ليث عن طاوس قال قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم عادي الارض لله ولرسوله ثم لكم من بعد فمن احيا ارضا ميتة
فهي له وليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين الى هنا لفظ كتاب الخراج والمراد من العادي
الذي تقدم خرابه ولا يعرف له مالك وجه الاستدلال انه اضافه الى الله والى الرسول
وكل ما اضيف الى الله ورسوله لا يجوز ان يختص احد بشيء منه الا باذن الامام كالخمس
في باب الغنيمة لما اضيف الى الله ورسوله لم يختص احد بشيء منه الا باذن الامام فعلم
ان المراد من قوله من احيا ارضا ميتة فهي له هو ما اذا كان باذن الامام يدل عليه
ما روي معاذ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ليس للمرء الا ما طابت نفس امامه به
ولان ما يتعلق به حق جماعة المسلمين لا يختص به واحد دون واحد الا باذن الامام
اصله مال بيت المال وقياسهما على الحشيش والصيد لا يصح لان الامام لا يملك ان يفرد
واحدا دون واحد بذلك لو امر واحدا ان يأخذ شيئا من الحشيش او صيد بعينه في
بر او بحر لا يملكه المأمور قبل الاخذ والاصطياد دون غيره لو اخذه كان اولى به منه
بخلاف الموات فان المأمور بالاحياء يملكه بنفس الامر قبل الاحياء اذ احط له خطا فيكون
اولى من غيره ولان الامام يملك الارضين الموات لانه لو باعها جاز ولا يملك الصيد
ولهذا لو باع الصيد في البر لم يجز فظهر الفرق بين المقيس والمقيس عليه كذا ذكر الطحاوي
في شرح الآثار وقد اخذ الطحاوي في مختصره بقول ابي حنيفة وبهذا التقرير يحمل قوله
عليه السلام من احيا ارضا ميتة فهي له على انه اذن لقوم معينين لقوله عليه السلام
من قتل قتيلا فله سلبه لا نصب الشرع حتى يكون حكما عاما كقوله عليه السلام من قاء
او رعف في صلاته فلينصرف وليتوضأ وقال ابو عبيد في كتاب غريب الحديث قال
هشام العرق الظالم ان يجيء الرجل الى ارض قد احياها رجل قبله فيغرس فيها غرسا او يحدث فيها

شيئا ليستوجب به الارض وفسره في النهاية بقوله لعرق ظالم بقوله اي لذي عرق ظالم
قوله كما في سائر المغانم يعني قبل القسمة ويجب فيه العشر ذكره تفريعا على مسئلة القدوري
قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي واذا ملك ارض الموات باذن الامام او بغير اذنه
على الاختلاف فزرعها فانه ينظر ان زرعها بماء السماء فهي ارض العشر وان زرعها بماء
نهر من انهار المسلمين فعلى قول ابي يوسف حكمها حكم تلك الاراضي التي فيها ذلك
ان كانت من ارض الخراج فهي من ارض الخراج وان كانت من ارض العشر فهي من ارض
العشر وعند محمد ان كان الماء الذي ساقه اليها من مياه الانهار العظام كالنيل والفرات
وما اشبهها فهي من ارض العشر وان كان ذلك الماء من نهر حفره الامام من مال الخراج
فهي ارض خراج وبه اخذ الطحاوي وقال ابو يوسف في كتاب الخراج ومن احيا ارضا مواتا
مما كان المسلمون افتتحوها مما كان في ايدي اهل الشرك عنوة وقد كان الامام قسمها
بين الجند الذين افتتحوها وخمسها فهي ارض عشر لانها حين قسمها بين المسلمين صارت
ارض عشر فيؤدي عنها الذي احياها العشر كما يؤدي هؤلاء الذين قسمها الامام بينهم
وان كان الامام حين افتتحها تركها في ايدي اهلها ولم يكن قسمها بين من افتتحها
كما كان عمر بن الخطاب ترك السواد في ايدي اهله فهي ارض الخراج يؤدي عنها الذي
احيا منها شيئا الخراج كما يؤدي الذين كان الامام اقرها في ايديهم وايما رجل احيا ارضا
من ارض المواتة من ارض الحجاز وارض العرب التي اسلم اهلها عليها فهي ارض عشر
وهي له وان كانت من الارضين التي افتتحها المسلمون مما في ايدي اهل الشرك فان احياها
وساق اليها الماء من المياه التي كانت في ايدي اهل الشرك فهي ارض خراج وان احياها
بغير ذلك الماء ببئر احتفرها فيها او عين استخرجها منها فهي ارض عشر وان كان يستطيع
ان يسوق الماء اليها من الانهار التي كانت في ايدي الاعاجم فهي ارض خراج ساقه او لم يسقه
الى هنا لفظ ابي يوسف في كتاب الخراج **قوله** فلو احياها ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل
الثاني احق بها ذكرها تفريعا على مسئلة المختصر ايضا قال الشيخ الامام ابو بكر المعروف
بخواهر زاده في شرح كتاب الشرب قالوا هنا فصل لم يذكره محمد في الكتاب فلا بد من
معرفته وهو ان الرجل اذا احيى ارضا ميتة باذن الامام عند الكل وبغير اذن الامام
عند ابي يوسف ومحمد فزرعها فلم يرها صالحة للزراعة فتركها فجاء رجل وزرعها هل يكون

الثاني احق بها ام الاول ان ينزعها من يده اختلف المشايخ فيه كان الفقيه ابو القاسم احمد بن حمد البلخي يقول الثاني احق بها وانما كان الاول احق بها ما كان يستغلها فاذا تركها واعرض عنها بطل حقه فيكون الثاني احق بها وقال غيره من المشايخ ان الثاني لا يصير احق بها وكان للاول ان ينزعها من يده وحاصل الجواب فيما بينهم راجع الى ان المحيي بالاحيا ملك رقبة الارض ام منفعتها كان ابو القاسم يقول يملك منفعتها والاستغلال بها ولا يملك رقبتها وكان يقيس هذا على من جلس في موضع مباح كان له الانتفاع بذلك الموضع فاذا قام واعرض عنها بطل حقه ووجه ما قالوا عامة المشايخ ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من احيا ارضا ميتة فهي له وهي كناية عن الارض فاضاف الارض اليه بلام التمليك فدل انه ملك رقبتها **قوله** ومن احيى ارضا ميتة ثم احاط الاحيا بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب ذكرها على التفريع ايضا قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح كتاب الشرب هذا فصل لم يذكره محمد في الكتاب ثم قال وروي عن محمد ان طريقه في ارض الرابع لانه هو الذي قصد ابطال حقه بعد ما تعين تطرقه فيها **قوله** قال ويملكه الذمي بالاحيا كما يملكه المسلم اي قال القدوري في مختصره وعند الشافعي لا يملك الذمي بالاحيا لما روي في السنن مسندا الى ابن ابي مليكة عن عروة قال اشهد ان رسول الله عليه الصلاة والسلام قضى ان الارض ارض الله والعباد عباد الله ومن احيا مواتا فهو احق به ولان كل سبب يملك به المسلم ارضا يملك به الذمي كالميراث والشفعة وقاس الخصم على المستامن فلا نسلم لانه اذا احيى باذن الامام وضع الخراج فيصير ذميا بذلك فان قيل الاحيا من احكام دار الاسلام والذمي ليس من اهل الدار قلنا لا نسلم انه ليس من اهل الدار الا ترى انه يتابد مقامه في دار الاسلام ويجري عليه احكام المسلمين ويستعان بهم على قتال المشركين وانما تضاف الدار الى المسلمين لان الغلبة عليهم **قوله** ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلاث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره اي قال القدوري في مختصره وذلك لما روي ان النبي عليه الصلاة والسلام اقطع بلال بن الحرث العقيق فقال له عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يقطعك الا لتعمره ولم يقطعك لتحجبه عن الناس واقطع عمر العقيق وكان ذلك بحضرة الصحابة من غير نكير وقد روينا قبل هذا عند قوله من احياه باذن الامام ملكه عن النبي صلى الله عليه وسلم ليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين وقد روي ذلك عن عمر ايضا قال

/ص١

احتجرت الارض اذا ضربت عليها منارا او اعلمت علما في حدودها للحيازة واحتجار الشي اجتذابه الى نفسك من الحجر والمعنى الامتلاك والحيازة لنفسه كذا في الفايق اعلم ان الاحتجار هو الصحيح فقد ذكر الفقها في معناه التحجير والتحجر ايضا ومعناه الاعلام بانه قصد احيا الموات بوضع الحجر ونحوه حوله واشتقاقه من الحجر او من الحجرة بسكون الجيم وهو اشبه لانه اعلم هذا الموضع واشبع غيره عنه ثم الاحتجار لا يحصل بوضع الحجر في الجوانب الاربع وكذا بوضع الشوك او الحشيش موضع التراب عليه من غير اتمام المسناة وكذلك اذا غرس حول الارض اغصانا يابسة او نقى الارض من الحشيش واحرق ما فيها من الشوك ثم الاحتجار هل يفيد الملك ام لا فيه اختلاف المشايخ قيل يفيد موقتا بثلاث سنين وقيل لا يفيد وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا جاء انسان آخر قبل مضي ثلاث سنين فاعاله حق المحتجر ونفيا للوحشة عنه كذا ذكر خواهر زاده في شرح كتاب الشرب ولكن العبارة تبدلت واما الاحيا واحياه من قال ان الاحتجار لا يفيد ملكا قال يملكه الثاني ومن قال يفيد لا يملكه الثاني وينزعه الاول من يده احتج من قال افاد الملك بما روي عن عمر رضي الله عنه ليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين لانه نفى الحق بعد ثلاث سنين فيكون له الحق في ثلاث سنين والحق اذا اطلق يراد به الملك لا مجرد الحق من غير ملك بدليل ما قال في كتاب الاقرار اذا قال لفلان حق في هذه الدار وبين شيا من حقوقها لا من الرقبة فانه لا يصدق المقر ذكر وجه من قال لا يفيد ملكا ان الاحتجار ليس باحيا وانما هو بمنزلة الاستيام على الاحيا فلا يفيد ملكا كالاستيام في باب البيع الا انه يكره احيا الثاني قبل مضي ثلاث سنين مراعاة لحق المحتجر ونفيا للوحشة عنه كذا ذكر خواهر زاده في شرح كتاب الشرب ولكن العبارة تبدلت واما الاحيا فقد روي عن رستم عن محمد انه قال الاحيا ان يكربها ويسقيها فان كربها ولم يسقها او سقاها ولم يكربها فانه يكون تحجيرا ولا يكون احيا فان سقاها مع حفر الانهار يكون احيا لانه وجد فعلان فاشبه الكراب والسقي واما اذا حوطها وسنمها بحيث يعصم الما فانه يكون احيا لان هذا من جملة البنا فيكون احيا وان بذرها يكون احيا فهذه جملة ما قيل في التحجير والاحيا والمسناة ما يبنى للسيل ليرد الما وحوطها اي جعلها حايطا وسنمها اراد بالتسنيم جعل المسناة **قوله** حصد اي قطع كما في قوله في سدر مخضود **قوله** وفي الاخر ورد الخبر

اي فيما اذا احفر من بير ذراعا او ذراعان يعني يكون ذلك تحجيرا لما جاء في الخبر من حفر بيرا
ذراعا حولها عطنا لماشيته **قوله** قال ولا يجوز احيا ما قرب من العامر ويترك مرعى لاهل القرية
ومطرحا لحصايدهم اي قال القدوري في مختصره اعلم ان القدوري شرط في الموات
ان يكون بعيدا من القرية وهو المروي عن ابي يوسف وهو اختيار الطحاوي
وقد ذكرناه في اول كتاب احيا الموات وفي ظاهر الرواية اذا انقطع عنها الماء
وارتفاق اهل القرية ولم يكن ملكا لاحد كان مواتا وجه ما ذهب اليه القدوري
انه اذا كان قريبا من العمرانات لا ينقطع عنه ارتفاق اهل القرية بواحدة وربما
يقع لهم حاجة اليه فلا يجوز قطع حقوقهم باحيائه لان في ذلك ضررا على اهل القرية
فلا يجوز كما لا يجوز احيا الطريق والنهر وفي التحفة ما يكون تبعا لبعض القرى مرعى
لمواشيهم ومحتطبا لهم فهو حقهم لا يجوز للامام ان يقطعه من احد لان في ذلك
ضررا بهولاء ولكن ينتفع بالحطب والقصب الذي فيه هولاء وغيرهم ليس لهم
ان يمنعوه من غيرهم لانها ليست بملك لهم وقال في شرح الطحاوي وليس للامام ان
يقطع ما لا غنى للمسلمين عنه يعني اذا كانت اجمة او غيضة او جرينا يشربون منه او مملحة
لاهل البلدة فليس للامام ان يقطع ذلك لاحد والحصايد جمع حصيد وحصيدة وهما
الزرع المحصود ومطرح الحصايد هو الموضع الذي يلقى فيه الزرع المحصود ...
ويقال اقطعه السلطان ارض كذا اي اعطاها ليحييها **قوله** لما ذكرنا اشارة الى
قوله لتحقق حاجتهم اليها **قوله** قال ومن حفر بيرا في برية فله حريمها اي قال القدوري
في مختصره يعني اذا احفر بيرا في ارض موات باذن الامام عند الكل وبغير اذنه عندهما
كان له حريمها حتى لا يكون لاخر ان يحفر في حريمه بيرا او يحدث شيئا لان حفر
البير احيا وحريم البير من احيائه **قوله** قال فان كانت للعطن فحريمها اربعون ذراعا
اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا
والعطن والمعطن مناخ الابل ومبركها والناضح البعير الذي يستقى عليه والمراد
من بير العطن التي يستقى منها باليد ومن بير الناضح التي يستقى منها بالبعير كذا قالوا
وقال ابو يوسف في تصنيفه المسمى بكتاب الخراج وتفسير الناضح انها التي يستقى منها
الزرع بالابل ولا يستقى منها الزرع وكل بير يستقى منها الزرع بالابل فهي بير الناضح الى هنا

لفظ ابي يوسف وقال الطحاوي في مختصره ومن حفر بيرا للعطن في ارض ميتة فملكها
على ما ذكرنا من الاختلاف في الوجه الذي يملكها فله حريمها من كل جانب من جوانبها اربعون
ذراعا الا ان يكون الجبل يتجاوزه اي يقرب فيكون الى ما بينها وبين الجبل فان كانت
بير ناضح فحريمها ستون ذراعا من كل جانب من جوانبها الا ان يكون جبلها يتجاوز
الستين فيكون الاولى منتهى جبلها الى هنا لفظ الطحاوي ولم يذكر الطحاوي والقدوري
في مختصريهما الخلاف في حريم البير الناضح بل ذكرا مطلقا انه ستون ذراعا وذكر القدوري في
كتاب التقريب وشيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه والامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي
انه اربعون ذراعا عند ابي حنيفة وعندهما ستون ذراعا لهما ما روى ابو يوسف في كتاب
الخراج عن الحسن بن عمارة عن الزهري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حريم العين
خمسمائة ذراع وحريم بير الناضح ستون ذراعا وحريم بير العطن اربعون ذراعا
ولابي حنيفة ما روى ابو يوسف ايضا وقال حدثنا اسمعيل بن مسلم عن الحسن ان رسول الله
قال من احتفر بيرا كان له مما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته وقال ابو يوسف ايضا
وقال حدثنا اسمعيل بن مسلم عن الحسن ان رسول الله قال من احتفر بيرا كان له مما حولها حدثنا
اشعث بن سوار عن الشعبي انه قال حريم البير اربعون ذراعا من هاهنا وههنا وههنا وههنا
لا يدخل عليه احد في حريمه ولا في مائه وحديث الشعبي ادل على المراد لانه مطلق يشمل بير الناضح
وبير العطن جميعا واما حديث الحسن وان كان ذكر فيه العطن حمل على انه ذكر لانه الغالب ولم
يدل على التقييد بدليل حديث الشعبي فلان ثبوت الحريم بخلاف القياس لان استحقاق
الحافر بعمله وهو الحفر ولا اثر لعمله في غير موضع الحفر ولكن فيما اتفق عليه الاحاديث تركنا
القياس وفيما فيه الاختلاف في الحديث عملنا بالقياس ولم يثبت الحريم فيما وراء الاربعين
وهذا معنى قوله وفيما تعارضا فيه حفظناه اي حفظنا القياس ولان بير الناضح والعطن
من حيث المعنى كبير واحد لانه قد ينزح الماء من بير العطن بالبعير ومن بير الناضح قد ينزح الماء
باليد ويحتاج الى ان تقوم المواشي في البير من جميعها للشرب الماء فصارا من حيث المعنى كبير واحد
فحمل النص الوارد في العطن والذي في الناضح لسعتي الاقل **قوله** الاربعون من كل الجوانب
يعني يكون من كل جانب عشرة اذرع والصحيح ان الاربعين يعتبر من كل جانب **قوله**
والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف في قبوله اراد بالعام

المتفق حديث الحسن واراد بالخاص المختلف حديث الزهري عنده يعني عند ابي حنيفة
وهذا كما رجح ابو حنيفة رضي الله عنه قوله عليه الصلاة والسلام ما سقته السماء ففيه العشر
على قوله عليه السلام ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة وعلى قوله ليس في الخضراوات صدقة
فان قلت كيف يكون حديث الحسن عاما وهو مخصوص بالعطن قلت قلت انما قلنا
انه عام لان قوله من احتفر بئرا ليس بمقيد ببئر دون بئر فيشمل بئر الناضح وبئر العطن
جميعا فكان قوله كالدليل لما هو لها الا يكون ذراعا جزاء وحكما لحفر البئر مطلقا اي بئر كانت
فثبت هذا الحكم في بئر الناضح كما ثبت في بئر العطن عملا بعمومه اما قوله عطنا للماشية
ليس بتقييد لانه انما ذكره بيانا لما يصلح له حريم البئر في غالب الاحوال وهو كونه مبركا
ومناخا للماشية وحريم بئر الناضح ايضا يصلح مبركا للماشية فافهم قوله والاستحقاق به
بالدفع اي الاستحقاق يحصل بالحفر وقد مر بيانه قوله قال وان كانت عينا فحريمها خمسمائة
ذراع اي قال في مختصر القدوري المختلف في بعض النسخ خمسمائة ذراع وفي بعضها ثلثمائة
ذراع وعلى الثاني اعتمد في شرح الاقطع ولاجل اختلاف النسخ قال صاحب النافع وان كانت
عينا فحريمها خمسمائة وفي رواية ثلثمائة وشيخ الاسلام خواهرزاده لم يذكر في مبسوطه
سوى خمسمائة والاصح عندي خمسمائة لانه موافق لحديث الزهري عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال حريم العين خمسمائة ذراع وهذا هو التوفيق وعليه نص الطحاوي
في مختصره فقال ومن حفر عينا في ارض موات وملكها بما يملك به مما ذكرنا فله
حريمها وهو خمسمائة ذراع من كل جانب من جوانبها الى هنا لفظ الطحاوي والتقدير
بثلثمائة بالاجتهاد حتى يوصي من الضرر باثبات هذا القدر من الحريم اذا حفر انسان
بقربها بئرا او عينا كيلا يذهب ماؤها او لا ينقص وانما جعل حريم العين اكثر لان الماء اذا
نبع من الارض لا بد له من موضع يجري عليه ثم لا بد من مستنقع الماء ليجتمع فيه الماء
كالغدير ثم لا بد من نهر اخر يجري فيه الماء الى المزارع والكروم فلكثرة حاجة صاحب
العين الى الحريم جعل حريمها اكثر وتعين خمسمائة بالتوقيف ولكن اختلف المشايخ انها
من كل الجوانب او من كل جانب كما اختلفوا في حريم البير والصحيح انها من كل جانب
ومن مشايخنا من قال ان التقدير بالاربعين في البير وبخمسمائة في العين في اراضيهم
لان فيها صلابة اما في ديارنا فالاراضي رخوة فتزاد على الاربعين والخمسمائة اذا احتيج

اذا احتيج الى ذلك لانه ربما يجي آخر فيحفر بئرا فوق الاربعين او فوق الخمسمائة فيذهب
ماء الاول او يقل لرخوة الارض وفيه ضرر لا محالة قوله والذراع هي المكسرة وهي ذراع
العامة وهي ذراع الكرباس اقصر من ذراع المساحة التي هي ذراع الملك لان ذراع المساحة
سبع قبضات مع ارتفاع الابهام في كل مرة وذراع الكرباس سبع قبضات بدون ارتفاع
الابهام وهذا هو اختيار خواهرزاده وبعضهم اختار ذراع المساحة لانها اليق بالممسوحات
هكذا ذكره اصحابنا ذراع المساحة ولكن فيه نظر لان اصحاب المساحة ذكروا في كتبهم ان الذراع
هي الهاشمية وهي ثمان قبضات والقبضة اربعة اصابع والاصبع ست شعيرات بطون بعضها ٤
ملاصقة لظهر بعض والشعيرة ست شعرات من شعر البرذون قوله وقد بيناه من قبل
قال بعض الشارحين اي بينا الوجه في ان الخمسمائة تعتبر من كل جانب لانه لم يذكر بيان الذراع
المكسرة فيما تقدم قلت لا نسلم انه لم يذكرها لانه ذكر ذراع الكرباس وهي الذراع المكسرة في كتاب
الطهارات في باب الماء الذي يجوز به الوضوء واختارها توسعة للامر على الناس لانها اقصر قوله
قال فمن اراد ان يحفر بئرا في حريمها منع منه اي قال القدوري في مختصره يعني اذا اراد ان
يحفر بئرا في حريم العين التي احياها الاول او في حريم البير التي احياها منع الثاني منه لانه
ربما يذهب ماء البير الاولى او ينقص ففي الاول تفويت حقه وفي الثاني الاخلال بحقه وكلاهما لا
يجوز لان فيه اضرارا به فلو احتفر آخر بئرا في حريم الاول فللاول ان يكبسها تبرعا
ويصلح ما افسده من الارض ولو اراد مؤاخذة الثاني بذلك فله ذلك لكن اختلف المشايخ
فيه قيل يأمر الحافر الثاني بكبسها لان ازالة جنايته حفره كما اذا القى كناسة في ارض
غيره تعديا يؤمر برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه بتقويم الارض بلا حفر
ومع الحفر فيضمنه نقصان ما بينهما كما اذا هدم جدار غيره حيث يضمنه نقصان الهدم ثم
يبنيه بنفسه ذكره الخصاف في ادب القاضي ولفظ الخصاف في كتاب الحادي والعشرين
من ادب القاضي وان ادعى على رجل انه حفر في ارضه حفيرة فاقر ذلك يأمره وان اراد
استحلافه على ذلك فانما عليه النقصان في ذلك ويستحلفه القاضي على الحاصل بالله ما له
عليك هذا الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا يحلفه على السبب الى هنا لفظ الخصاف ثم الضمان
فيما عطب في البير الاولى سواء احياها باذن الامام او بغير اذنه عندهم جميعا وهذا
لا يشكل على قولهما لان له ان يحفر بدون اذن الامام وهذا املك البير في الحالين فاذا

كان له ولاية الحفر لا يكون متعديا فلا يضمن ما تولد من حفره كما لو حفر في داره وكذلك لا اشكال
على قول ابي حنيفة انه كان حفر باذن الامام فاما اذا كان حفرها بلا اذن الامام ففيه اشكال على قوله
وحله ان يقال له ولاية التحجير بغير اذن الامام وان لم يكن له الاحيا بغير اذنه فيجعل حفره بغير
اذن الامام تحجيرا لا احيا فاذا كان كذلك فعل ماله فعله فلا يكون متعديا فلا يضمن ما تولد منه
وما عطب في بير الثاني يضمنه هو بعمده ثم جميعا لانه متعد في هذا الحفر فانه حفر في ملك
الاول بغير اذنه فصار كما اذا حفر على قارعة الطريق **قوله** وان حفر الثاني بيرا وراء
حريم الاولى اي خارج حريم الاولى فذهب ما البير الاولى لا شيء عليه وهذه من مسايل
الاصل ذكرها تفريعا وذكر بانه ليس بمتعد في هذا الحفر لان له ان يحفر بيرا خارج حريم
الاولى والحافر مسبب فما لم يكن متعديا في التسبيب لا يكون عليه ضمان ثم للثاني الحريم من
الجوانب الثلاث ولا حريم له من الجانب الذي هو حريم بير الاول لان ذلك القدر صار مملوكا
للاول بسبق يده وحيازته باذن الامام **قوله** والقناة لها حريم بقدر ما يصلحه ذكرها
تفريعا وهي من مسايل الاصل يعني اذا اخرج قناة في ارض موات فهي بمنزلة البير فلها
من الحريم ما للبير كذا قال في الاصل ولم يزد على هذا وقال في الشامل القناة لها حريم مفوض
الى راي الامام لانه لا نص في الشرع وقال المشايخ هذا الذي ذكره في الاصل قولهما وعند ابي
حنيفة لا حريم لها لانها بمنزلة النهر ما لم يظهر ماوها على وجه الارض ولا حريم للنهر عنده
فاما اذا ظهر على وجه الارض كانت بمنزلة العين الفوارة فكان حريمها مثل حريم العين
خمسماية ذراع وقال ابو يوسف في كتاب الخراج واجعل للقناة من الحريم ما لم يسيح على وجه
الارض مثل ما اجعل للابار فاذا ظهر الما وسيح على وجه الارض جعلت حريمه كحريم النهر
وقال ابو يوسف في كتاب الخراج ايضا ولو ان رجلا له قناة فاحتفر بجنبها قناة فاجراها
من تحتها او من فوقها كان لصاحب القناة ان يمنعه من ذلك وياخذه بطمها فان كان اذن له
في احتفارها ثم بدا له ان يمنعه بعد ذلك اذا شاء ولا غرم عليه في الاذن ما خلا خصلة
ان يكون اذن له ووقت له وقتا ثم منعه من ذلك قبل ان يجي الوقت فاذا كان على هذا
ضمن له قيمة البنا ولم يضمن قيمة الحفر الى هنا لفظ كتاب الخراج والقناة مجرى الما تحت الارض
قوله والشجرة تغرس في ارض موات لها حريم ايضا ذكرها تفريعا على مسالة المختصر
قال شيخ الاسلام خواهرزاده في شرح كتاب الشرب لم يذكر محمد في الكتاب اي في الاصل

الا ان المشايخ قالوا يستحق صاحب الشجرة حريما بقدر خمسة اذرع لما روي ان رجلا غرس شجرة في
ارض فلاة فجا اخر واراد ان يغرس شجرة اخرى بجنب شجرته فشكا صاحب الشجرة الاولى الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم فامر النبي ان يوخذ من شجرته جريدة فاخذت ومسح بها فبلغ خمسة اذرع فجعل له النبي صلى
الله عليه وسلم من الحريم خمسة اذرع واطلق للاخر ان يغرس فيما وراء ذلك وهذا حديث صحيح مشهور
هكذا ذكر خواهرزاده في شرحه وراوي هذا الحديث ابو سعيد الخدري ذكره ابو داود في السنن
في اخر كتاب الاقضية ثم اعلم ان الاشيا التي لها حريم باجماع العلما خمسة احدها حريم بير العطن
والثاني حريم بير الناضح والثالث حريم العين وثلاثتها مذكورة في مختصر القدوري والرابع حريم
القناة والخامس حريم الشجر اذا غرسها في ارض موات باذن الامام عند الكل وبغير اذنه عندهما
وانما قيدنا بالاجماع لان في حريم النهر اختلافا والحريم عبارة عن بيوت ملك في الارض بقدر معلوم
يضمن ملكا حاصلا باحيا الموات هذا ما سمح به خاطري **قوله** قال وما ترك الفرات او دجلة
وعدل عنه الما ويجوز عوده اليه لم يجز احياوه اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه
وان كان لا يجوز ان يعود اليه فهو كالموات اذا لم يكن حريما لعامر يملكه من احياه باذن الامام
وذلك لان الفرات ودجلة ملك لجماعة المسلمين فاذا جاز عود الما اليه لم ينقطع الحكم الاول عنه
وكان الما يذهب عنه فليس لاحد ان يعدل بالفرات ويحيي ارضه وكذا كل ما جاز عوده
اليه فاما اذا لم يجز عوده اليه فقد صار ذلك الموضع كساير الاراضي التي لا ينتفع بها وليس
لها مالك معين فهي موات يتعلق احياوها على اذن الامام وعلى ان لا يكون بقرب العامر كذا في
شرح الاقطع وقال ابو يوسف في كتاب الخراج اذا انصب الما على جزيرة في دجلة فليس لاحد ان يحدث
فيها شيا لا بنا ولا زرعا لان مثل هذه الجزيرة اذا حصنت وزرعت كان ذلك ضررا
على اهل المنازل ولا ينبغي للامام ان يقطع من هذه شيا ولا يحدث فيه حدثا واما ما كان خارج
المدينة فهي بمنزلة الارض الموات يحييها الرجل ويودي عنها حق السلطان ولو ان رجلا اتى
طايفة من البطيحة مما ليس فيه ملك لاحد قد غلب عليه الما فضرب عليه المسنيات واستخرجه
واحياه وقطع ما فيه من القصب فانها بمنزلة الارض الميتة وكذلك كل ما عالج في اجمة او من بحر
او من بير بعد ان لا يكون فيه ملك لانسان فاستخرجه رجل وعمره فهو له وهو بمنزلة الموات
ولو ان رجلا احيى من ذلك شيا قد كان له مالك قبله رددت ذلك الى الاول ولم اجعل للثاني
فيه حقا فان كان الثاني قد زرع فيه فله زرعه وهو ضامن لما نقص الارض وليس عليه اجره

وهو ضامن لما قطع من قصبها وكذلك لو كانت هذه الارض في البرية فهي نبات لانها بمنزلة العصب
الي هنا لفظ كتاب الخراج **قوله** قال ومن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند ابي حنيفة
رضي الله عنه الا ان يقيم بينة **على ذلك وقال** ابو يوسف ومحمد له مسناة النهر يمشي عليها
ويلقي عليها طينه اي قال القدوري في مختصره قال في الصحاح المسناة العرم وقال محمد في الجامع
الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في نهر لرجل الي جانبه مسناة والارض لرجل خلف المسناة
يلزم بينها ليس بينهما شي فان ادعى صاحب النهر في المسناة وادعاها صاحب الارض ايضا
وليست في يد كل واحد منهما قال هي لصاحب الارض وليس له ان يحفرها حتى يسيل
ما النهر وقال ابو يوسف ومحمد هي لصاحب النهر حريما لملقى طينه وغيره ذلك الي هنا
لفظ اصل الجامع الصغير وقال في شرح الطحاوي ولو ان نهر الرجل وارضا على شط النهر
لرجل اخر فتنازعا في المسناة فان كان بين الارض وبين النهر حايل كالحايط ونحوها
فان المسناة لصاحب النهر بالاجماع وان لم يكن بينهما حايل قال هي لصاحب الارض
ولصاحب النهر فيها حق تسييل الماء حتى ان صاحب الارض اذا اراد رفعها كان لصاحب
الارض النهر منعه عن ذلك ولصاحب الارض ان يغرس فيها لان الملك له وليس
لصاحب النهر منعه عن ذلك وقال صاحباه المسناة ملك لصاحب النهر وقال شيخ
الاسلام خواهر زاده في شرح كتاب الشرب وانما يظهر ثمرة الاختلاف في ان
الزراعة والغرس لمن يكون فعلى قول ابي حنيفة لرب الارض وعلى قولهما لصاحب
النهر وقال فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير من اصحابنا من قال الاصل بهذه المسئلة
ان من احيى نهرا في ارض موات هل يستحق له حريما قال ابو حنيفة لا يستحقه وعندهما
يستحقه وقال عامتهم الصواب انه يستحق للنهر حريما بالاجماع اسند لا ابتغي
صاحب الشرع في حريم البير لان النهر لا يستغني عن الحريم كما لا يستغني البير عنه
وانما اختلف ابو حنيفة وصاحباه في موضع الاشتباه وهو ان يكون الحريم موازيا
للارض لا فاصل بينهما وان لا يكون الحريم مشغولا بحق احدهما كالطين والغرس
واما اذا كان مشغولا بحق احدهما فهو احق به بالاجماع لانه ظهر يده عليه بالشغل
وقال فخر الدين قاضي خان وكذلك اذا كانت المسناة ارفع من الارض فهي لصاحب النهر
لان الظاهر انه ارتفاعه لالقاء الطين به وجه قولهما ان الظاهر شاهد لصاحب النهر

لان النهر لا ينتفع به الا بالحريم لان قوام النهر بالحافتين وصاحب النهر لا يستمسك الماء
الا بهما فكان هو المستعمل لهما فكان اولى ولانه لا بد من ملقى طينه وممر صاحبه لاصلاحه
فثبت له الحريم كالبير ثم لم يذكر قدر الحريم على قولهما في الاصل بل قال له من الحريم قدر
ما لا يستغني عنه النهر وكذلك لم يقدر في الجامع الصغير ايضا وقال خواهر زاده في مبسوطه
قالوا قد ذكر في النوادر في تقدير الحريم خلافا بينهما فعلى قول محمد يمسح بطن النهر ثم يجعل
له من ذلك جانب نصف ارض النهر وقال ابو يوسف من كل جانب مقدار بطن النهر هكذا ذكر
خواهر زاده الخلاف بينهما وذكر ابو الليث الخلاف بخلاف هذا وقال في شرح الجامع
الصغير ذكر نصير بن يحيى الاختلاف بين ابي يوسف ومحمد قال في قول ابي يوسف
يمسح بطن النهر فيجعل مقدار ذلك نصفه من هذا الجانب ونصفه من هذا الجانب وفي
قول محمد يجعل مقدار بطن النهر من هذا الجانب في مقداره من هذا الجانب وعلى ما ذكره
ابو الليث اعتمد في شرح الطحاوي والمختلف وقال بعض المشايخ ينظر الي مقدار ما
يحتاج اليه بغير تقدير كذا قال ابو الليث في شرحه ووجه قول ابي حنيفة ان الحريم
يشبه الارض صورة ومعنى فكان صاحب الارض اولى اما صورة فلانه موازي للارض
واما معنى فانه يصلح لما يصلح له الارض من الغرس والزراعة وهذا كما قلنا فيما اذا
اختلف رب الدار والمستاجر في لوح ساقط على الارض ومثله على السقف فالقول لصاحب
الدار لان الظاهر شاهد له وكذلك اذا اختلفا في احد مصراعي الباب وهو ساقط ليس
في يديهما والمصراع الاخر على الباب في الحايط كان القول لصاحب الدار ولان الملك انما
يثبت له بعمله وهو الحفر فلا يثبت له الملك في غير موضع عمله وهو الحريم بخلاف البير فان
حريمها ثبت بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره وقولهما بان صاحب النهر يحتاج الي الحريم
قلنا لا نم انه يحتاج اليه لانه يمكنه نقل التراب الي موضع اخر ويمكنه المرور في النهر لاصلاحه
وليس كذلك البير لانه لا يمكنه الانتفاع بها الا بالاستقاء ولا يتهيا الاستقاء بدون الحريم وقوله
وليس له ان يحفرها لا بد اعلى انه لا يملك الحريم لجواز ان يكون له فيه ملك فللاخر حق الا ترى
ان السفل اذا كان لرجل والعلو لرجل فليس لصاحب السفل ان يهدم سفله وان كان
الملك له لان في ذلك ابطال حق صاحب العلو فكذلك هاهنا ليس له ان يبطل حق صاحب النهر
لان له حق الانتفاع بالمسناة وفي القاء الطين ذكر فخر الدين قاضي خان وغيره اختلاف المشايخ

على قول ابي حنيفة قال بعضهم ليس له ذلك بل ينقله من ذلك المكان وقال بعضهم له ذلك ما لم يتحش
وهل لصاحب الارض ان يمنع صاحب النهر من المرور على المسناة قال بعضهم له ذلك وقال بعضهم
له حق المرور عليها قوله على ما ذكرناه اي في بير الفاضح قوله وجه البناء اي بنا وجه مسألة المختصر
على مسألة من احيى نهرا على المذهبين ان باستحقاق الحريم ثبت اليد عليه عندهما اعتبارا
لا حقيقة كما ثبتت اليد على النهر حقيقة والقول في المنازعة لصاحب اليد وعند ابي حنيفة لما لم يثبت
استحقاق الحريم لم يثبت اليد عليه ايضا وكان الظاهر شاهدا لصاحب الارض فالقول لمن
يشهد له الظاهر قوله وان كانت مسألة مبتدأة وهذه اشارة الى قول اهل التحقيق
من مشايخنا حيث قالوا هذه مسألة ابتدائية لا بناء على مسألة من احيى نهرا في ارض موات
لان ثمة للنهر حريما بالاتفاق وانما الخلاف هنا فيما اذا لم يعرف ان المسناة في يد من هي
بان كانت متصلة بالاراضي مساوية لها ولم تكن اعلى منها قوله لا يستويان اي لا يستوي
الحريم والارض وهذا لان الحريم لو كان مستحقا كان القول لصاحب النهر وقد مر قبل هذا
والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك يعني ليس هو لقضاء ملك واستحقاق ولهذا
لو اقام صاحب النهر بينة ان له حريما يقضى له بها فلو كان قضاء ملك واستحقاق لم يقض له
لان المقضي عليه في حادثة لا يكون مقضيا له في تلك الحادثة ابدا قوله ولا نزاع فيها به استمساك
الجواب عن قولهما ان النهر لا ينتفع به الا بالحريم لحاجته قال الحاجة الاصلية لصاحب النهر
امساك الماء وهي تندفع بدون ملك الحريم ولا كلام لنا فيها وانما تنازعنا فيما وراء الحاجة
الاصلية نحو الغرس والقاء الطين هل له ذلك ام لا على انا نقول ان الحاجة لا تدل على قيام
الملك لا محالة الا ترى ان صاحب العلو يحتاج الى السفل ثم عند المنازعة لا يقضى له بالسفل
وقولهما ان صاحب النهر لا يستمسك الماء الا بالحافتين فكان اولى بهما قلنا هذا معارض
بالمثل لان صاحب الارض يدفع عنها بهما قوله فهو من مواضع الخلاف يعني عند ابي حنيفة
الغرس لصاحب الارض وعندهما لصاحب النهر ملقى طينه على الحافتين ولصاحب الارض
ان يغرس ما لا يمنع القاء الطين على الحافتين كذا ذكره الفقيه ابو الليث فصل في مسايل
الشرب والمياه مسايل هذه الفصول كلها من هنا الى كتاب الاشربة ليست بمذكورة في البداية
لانها ليست في الجامع الصغير ومختصر الكرخي وانما ذكرها شيخ الاسلام المعروف بخواهرزاده
في شرح كتاب الشرب ثم لما ذكر احياء الموات ذكر عقيبه مسايل الشرب لان الانسان اذا احيى
مواتا احتاج لا محالة الى الماء فذكر الشرب وهو النصيب من الماء لهذا وقدم فصلا في الماء على فصل

كري

كري الانهار لان الماء هو الاصل فقدمه لاصالته قوله واذا كان لرجل نهر او بير او قناة فليس
له ان يمنع شيئا من الشفة والشفة الشرب لبني ادم والبهائم قال ابو يوسف رح في كتاب الخراج
وكل من كانت له بير او قناة فليس له ان يمنع ابن السبيل ان يشرب منها او يسقي دوابه
وبعيره وغنمه وليس له ان يمنع شيئا من ذلك للشفة والشفة عندنا الشرب لبني ادم والبهائم والغنم
والدواب وله ان يمنع السقي للارض والزرع والنخل والشجر وليس لاحد ان يسقي شيئا من ذلك
الا باذنه فان اذن له فلا باس بذلك وان باعه ذلك لم يجز البيع ولا يحل للبايع والمشتري
لانه مجهول غرر لا يعرف وكذلك لو كان في مصنعة يجتمع فيها الماء من السيول فلا خير في بيعه
ايضا ولو سمى له كيلا معلوما او عددا ايام معلومة لم يجز ذلك ايضا للحديث الذي جاء في ذلك
والسنة ولا باس ببيع الماء اذا كان في الاوعية هذا قد احرز فاذا احرزه في وعايه فلا باس
ببيعه وان هيا له مصنعة فاستقى فيها باوعيه حتى جمع فيها ماء كثيرا ثم باع من ذلك فلا
باس واذا دفع في الاوعية وقد احرز وقد طاب بيعه فاذا كان انما يجتمع من السيول
فلا خير في بيعه الى هنا لفظ كتاب الخراج ثم قال فيه ولو ان صاحب العين او النهر او البير
او القناة منع ابن السبيل من الشرب منها او سقي دابته او بعيره او شاته حتى يخاف على نفسه
فان اصحابنا كانوا يرون القتال على الماء اذا خاف الرجل على نفسه بالسلاح اذا كان في الماء فضل
عمن هو معه ولا يرون ذلك في الطعام ويرون فيه الاخذ والغصب من غير قتال فاما
الماء خاصة فانهم كانوا يرون منه اذا خيف على النفس قتال المانع وهو في المصانع والانهار
والابار ودفقا لا المانع منه وهو في الاوعية عند الاضطرار اذا كان فيه فضل عمن هو في
يده ويحتجون في ذلك بحديث عمر في القوم السفر الذين وردوا ماء فسالوا اهله ان يدلوهم
على البير فلم يدلوهم عليها فقالوا ان اعناقنا واعناق مطايانا قد كادت تتقطع من العطش
فدلونا على البير واعطونا دلوا نستقي فلم يفعلوا فذكروا ذلك لعمر بن الخطاب فقال فهلا وضعتم
فيهم السلاح الى هنا لفظ كتاب الخراج وقالوا في شرح الطحاوي ولو ان الناس احتاجوا اليه
اي الى ماء بير او حوض او عين في ارضه لشفاههم او لمواشيهم وارادوا دخول ارضه
للاستقاء كان له ان يمنعهم عن الدخول في ارضه او داره ويقال له اما ان تاذن للناس في الدخول
في ارضك ودارك فيستقون الماء او انت الذي تحمل اليهم وليس له الامتناع عن امر هذين
الامرين فان امتنع ومنع الناس عن الاستقاء فانهم يقاتلونه بالسلاح بخلاف ما اذا كان

الماخل في سفره امابتة المجاعة دمع رفيقه طعام يجل له التناول من جهة الغصب بالضمان وله ان
يقاتله بما دون السلاح ولا يقاتله بالسلاح وجملة القول هنا ما قال شيخ الاسلام خواهر زاده في
شرح كتاب الشرب وهو ان الشركة في الما على وجوه بعضها اعم من البعض منها الشركة في ماء
البحار فانه مشترك بين الناس في كل شي في حق الشفعة وفي حق سقي الاراضي ايضا حتى من
اراد ان يكري منه نهرا الى ارضه ليس لاحد ان يمنعه من ذلك كما لا يمنع احد من الشفة والانتفاع
الناس بماء البحار كانتفاعه بالشمس والقمر والهواء من انتفع بهذه الاشيا على اي وجه
انتفع به ليس لاحد ان يمنعه من ذلك فكذلك ههنا ومنها الشركة في ماء الاودية العظام
كسيحون وجيحون ودجلة والفرات فالناس شركا في حق الشفة فاما في سقي الاراضي اذا
احيى رجل ارضا مواتا واراد ان يكري من ذلك نهرا ليسقيها فان كان لا يضر بالعامة فله ذلك
وان كان يضر بالعامة فليس له ذلك لان الشركة في ما هذه الاودية عامة لانها لم تدخل
في المقاسم فتكون الشركة عامة فان اراد اخر ان يحدث فيه حدثا فانه لا يمنع من ذلك
اذا كان لا يضر بالعامة ويمنع اذا كان يضرهم كما في الطريق العام وهذه الشركة اخص من
الشركة في ما البحار ومنها الشركة في ما دخل المقاسم وهي اخص مما ذكرنا فالناس شركا في
حق الشفة لسقي انفسهم ودوابهم في ذلك وان اتى ذلك على الما كله وليس لاهله ان
يمنعوا احدا من الشفة قال يحكى ان ابا حنيفة رضي الله عنه وردت عليه مسايل من
خراسان احداها هذه رجل له ما يجري الى مزارعه فجاء رجل فسقى ابله ودوابه بذلك الما
حتى ينفذه كله هل لصاحب النهران يمنعه من ذلك فدفع ابو حنيفة هذه الفتوى الى
زفر رضي الله عنهما ليكتب عليها فكتب زفر انه ليس لصاحب الابل ان يسقي دوابه على
وجه لا يبقى منه شي لصاحب النهر ثم عرضه على ابي حنيفة فغلطه ابو حنيفة رضي الله
عنه في الجواب وقال لصاحب الابل ذلك لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال المسلمون
شركا في ثلاث الماء والكلاء والنار وانما ثبت حق الشفة فيما دخل في المقاسم للضرورة
لان الانسان قد يحتاج الى الشفة في الجهاد والحج والتجارة ولا يمكنه ان يحمل مع نفسه
ولو لم يثبت له حق الشفة من كل ما يرد عليه انقطع الاسفار وتعطل الجهاد والحج وتداه
لا وجه له ولذلك اذا كان مقيما وفي موضع الاقامة ما دخل في المقاسم فلو لم يطلق له
حق الشفة ضاق عليه العيش ولكن لو اراد رجل ان يسقي بذلك ارضا احياها كان لاهل الما

ان

ان يمنعوه اضر بهم او لم يضر ومنها الشركة في الما المحرز بالاواني والحباب وهي اخص مما تقدم لانه منقطع
شركة الناس كافة في حق الشفة وغير ذلك لانه بالاحراز صار ملكا له وانقطع حق غيره كما في الصيد و
الحشيش الا انه لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده ما يساوي عشرة دراهم من ذلك لا يقطع يده
لان شبهة الشركة قايمة لقوله عليه الصلاة والسلام الناس شركا في ثلاث وذلك لان هذا الحديث وان كان
غير معمول به في اثبات الشركة في هذا الموضع اورث ظاهره شبهة كمن وطي جارية ابنه لا يحد لان
شبهة الشركة قايمة لقوله عليه الصلاة والسلام انت ومالك لابيك وان كان غير معمول به في اثبات الشركة
من حيث الحقيقة فكذا هذا قوله والشفة الشرب لبني ادم اصل الشفة شفهة ولهذا يقول في تصغيرها
شفيهة وفي جمعها شفاه والتصغير والتكسير يردان الاشيا الى اصلها وحذفت الها تخفيفا يقال هم اهل
الشفة اي لهم حق الشرب بشفاههم وان يسقوا دوابهم قوله صفته اي صفة النهر وهي حافته
ورواه صاحب المغرب بكسر الصاد وفتحها جميعا وفي الديوان بكسر جانب النهر وبالفتح جماعة الناس
قوله وعلى هذا نصب الرحى عليه يعني ان كان لا يضر بالعامة جاز والا فلا قال في التحفة لانها والعام
كالفرات ودجلة وجيحون وغيرها لا حق لاحد فيها فكل من يقدر على سقي ارضه منها فله ذلك وكذا
نصب الرحى والدالية ونحو ذلك وهذا اذا لم يكن فيه ضرر فاما اذا كان فيه ضرر فيمنع من ذلك
وقال ابو يوسف رحمه الله في تصنيفه المسمى بكتاب الخراج ولا يجوز لاحد ان يتخذ مشرعة في مثل
الفرات ودجلة ولو آجرها الا ان تكون الارض له او يكون الامام صيرها له يحدث له فيها ما شا لان
الفرات ودجلة لجميع المسلمين هم فيها شركا فان احدث رجل مشرعة او غيرها لم يكن له ذلك الا ان
يكون جعلها للناس فيجوز ذلك واذا اتخذ اهل المحلة مشرعة لانفسهم يستقون منها فليس لهم ان
يمنعوا احدا من الناس يستقي منها فان كان في ذلك ضررا عليهم في قيام الدواب والابل منعوهم من ذلك واما
غيرهم فلا يمنعونهم قوله ان ادخل الما في المقاسم اي دخل في قسمة قوم بقسمة الامام بينهم قوله
والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركا في ثلاث في الما والكلا والنار وقال صاحب السنن
رحمه الله في كتاب البيوع حدثنا علي بن الجعد قال جرير بن عثمان عن حبان بن زيد الشرعبي عن رجل
من المهاجرين من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قال غزوت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا
اسمعه يقول المسلمون شركا في الكلا والما والنار وقال ابو يوسف رحمه الله في كتاب الخراج وحدثنا العلا
ابن كثير عن مكحول رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تمنعوا الكلا ولا الما ولا النار فانه متاع
للمقوين وقوة للمستضعفين وقال الكرخي رحمه الله في مختصره هم شركا في ذلك على ما جا عن رسول الله

صلى الله عليه وسلم شركة اباحة لاشركة ملك فمن سبق احد منهم من ذلك في وعا او غيره او حرزه به فهو
ملك له دون من سواه يجوز له تمليكه بجميع وجوه التمليك ويورث عنه ويجوز فيه وصاياه كما
يكون في املاكه وان اخذه منه احد بغير اذنه ضمنه كما يضمن ساير املاكه وماله يسبق اليه احد فاخذه
فهو لجماعة المسلمين مباح على ما كان عليه ولا ليس لاحد من الناس ان يمنع من ارادة اخذه للشفة
الى هنا لفظ الكرخي وقد عرفت قبل هذا ان الشركة في الما على اربعة اوجه فاما الشركة في النار فبيانه
ما قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح كتاب الشرب وهو ان الرجل اذا اوقد نارا في صحرا
فان هذه النار تكون مشتركة بينه وبين الناس اجمع حتى لو جا انسان واراد ان يستضي بضوء هذه
النار واراد ان يخيط ثوبا او حول النار ويصطلي بها في زمان البرد او ان يتخذ منه سراجا لا
يكون لصاحب النار منعه الا ان يكون وقد النار في موضع مملوك له فان له ان يمنعه من الانتفاع
بملكه لا بالنار فاذا اراد ان ياخذ من قبلة سراجه او شيا من الجمر فان لصاحب النار ان
يمنعه من ذلك لانه ملكه ولو اطلقناه للناس لم يبق له نار يصطلي بها ويختبز بها وهذا لا وجه له واما الشركة
في الكلا فعلى اوجه ايضا بعضها اعم من بعض فالاعم منها ان يكون الحشيش في اراضي لا تكون مملوكة لاحد
يكون الناس في ذلك شركا في الرعي والاحتشاش ليس لاحد ان يمنع انسانا من ذلك وهي كالشركة في ما
البحار وشركة اخرى اخص من هذه وهو ان يكون الكلا في ارض مملوكة نبت بنفسه لا بانبات صاحب
الارض يكون للناس فيه شركة حتى لو احتزه انسان كان ما احتزه ملكا له الا ان لصاحب الارض ان يمنعه
من الدخول في ارضه لاجل الكلا ذكر محمد هذا القدر في الكتاب ولم يزد عليه الا ان مشايخنا رحمهم الله
زادوا على ذلك وقالوا اذا وقعت المنازعة بين صاحب الارض والذي يريد الكلا لا بد من اعتبار
منازعتها لان صاحب الارض يمنعه من الدخول في ملكه وهذا يطلب حقه فان له شركة في الكلا واذا
وجب اعتبار المنازعة تقول ان كان يجد المريد الكلا في موضع اخر غير مملوك لاحد قريب من ذلك
الارض يقال له خذ من ذلك وان لم يجد يقال لصاحب الارض اما ان تعطيه بيدك او تاذن له حتى يدخل
فياخذ حقه كمن اتى كرم انسان وفي حوضه ما واراد الدخول في كرمه لياخذ الما فمنعه صاحب الكرم
ان كان يجد ما في موضع اخر غير مملوك لاحد قريب منه وقال له ايت ذلك المكان وخذ منه وان كان لا
يجد يقال لصاحب الحوض اما ان تعطيه بيدك او تاذن له حتى ياخذ منه وشركة اخرى اخص من ذلك كله
وهو ان يحتش الكلا او انبت الكلا في ارضه فانه يكون مملوكا له وينقطع حق غيره ولا
يكون لاحد اخذ ذلك فوجه لانه حصل بكسبه والكسب للمكتسب الا ان تبقى شبهة الشركة لقوله

عليه

عليه الصلاة والسلام الناس شركا في ثلاث حتى لو سرقه انسان لا يقطع يده ثم لا بد لك من معرفة الكلا قال
شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده الكلا كلما ينجم على وجه الارض اي ينبسط وينتشر ولا يكون له
ساق كالاذخر ونحوه كل ما ينجم على وجه الارض اي ينبسط وينتشر ولا يكون له ساق يكون شجرا لا كلا و
الدليل على صحة ذلك قوله تعالى والنجم والشجر يسجدان قالوا الشجر ما قام على ساق والنجم ما انبسط
وانتشر على وجه الارض فعلى هذا قالوا الشوك الاحمر من الشجر لا من الكلا ولذلك الشوك الابيض الذي
يقال له الغرقد من الشجر لانه يقوم على الساق حتى لو نبت في ارض مملوكة في انسان واخذ ذلك كان لصاحب
الارض ان يسترده منه واما الشوك الاخضر الذي ياكله الابل ويقال له الحلاج فقد اختلف المشايخ حكي عن الشيخ
الامام ابي بكر محمد بن الفضل انه كان يقول من جملة الكلا والحشيش والفقيه ابو جعفر الهندواني
يقول من جملة الشجر قالوا وروي عن محمد رحمه الله فيه من النوادر روايتان في رواية جعله من الكلا
وفي رواية جعله من جملة الشجر واختلف الجواب لاختلاف الموضوع لانه اراد برواية الكلا ما ينبسط
منه على وجه الارض ولا يكون له ساق واراد بالرواية الاخرى ما قام على الساق ولا ينجم على وجه
الارض والسوس من الشجر لانه يقوم على ساق كذا قال خواهر زاده في شرحه وقال في الصحاح الكلا
العشب وقد كلات الارض واكلات فهي ارض مكلاه وكليه اي ذات كلا وسوا يابسه ورطبه وقال
في المغرب والظاهر انه يقع على ذي الساق وغيره وفسر في الغريبين الكلا بالنبات واما بيع الجمد فقد
اختلف مشايخنا فيه قال بعضهم لا يجوز بيعه لانه باع شيا لا يقدر على تسليم جميعه الى المشتري لانه
يذوب بعضه وقال ابو نصر محمد بن محمد بن سلام بان البيع جايز وكان اذا سيل عن هذه المسالة
يقول البيع جايز ولا يبطله احمق وقال ابو بكر الاسكاف اذا اسلم الى المشتري او لا ثم باعه منه فانه
يجوز وان باع ثم سلمه الى المشتري في فوره ذلك فانه يجوز ايضا فاذا لم يسلمه الى المشتري حتى مضى عليه
ايام فسد البيع لان في القليل لا ينتقض نقصانا يتبين له حصة من الثمن وبه اخذ الفقيه ابو الليث
رحمه الله كذا في شرح الطحاوي **قوله** لنفسه وظهره اي مركبه كما في قوله عليه الصلاة والسلام ان هذا
الدين متين فاوغل فيه برفق فان المنبت لا ارضا قطع ولا ظهرا ابقى **قوله** ولو منعه من ذلك وهو يخاف
على نفسه وظهره العطش له ان يقاتله بالسلاح اي لو منعه صاحب البير او العين او الحوض او النهر
الذي في ملكه عن الدخول فيه وهو يخاف العطش مقاتلة بالسلاح اذا لم يجد ما اخر في قريب منه
لان الما في البير والعين لم يصر ملكا لمالكها لانه لم يوجد منه احراز فاذا لم يوجد منه احراز بقي مشتركا بين
الناس فاذا منع غيره من الاستقا منه منع حقه ومن منع حقا مستحقا لغيره كان لصاحب الحق ان يقاتل

المانع لحقه بالسلاح ليصل الي حقه والاصل في ذلك ما روي عن كما لو منع طعاما مشتركا بينه وبين المانع
كان له ان يقاتل المانع بالسلاح ليصل الي حقه والاصل في ذلك ما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم
انه قال من قتل دون ماله فهو شهيد فاما اذا منع ماء محرزا بان احرزه في قربه ونحوه حتي انقطع
شركة الغير عنه وكان المريد للماء مضطرا الي ذلك فانه يقاتله بما دون السلاح ولا يقاتله بالسلاح
لانه لم يمنع حقه لان الشركة انقطعت بالاحراز وانما منع ملكه ومن منع ملك نفسه من المضطر
كان للمضطر ان يقاتله بما دون السلاح من العصا وغير ذلك كما لو منع طعاما مملوكا من المضطر وهذا
لانه لم يمنع ملك غيره عنه وانما تولد لترك احيا نفس هو قادر علي احيايها ومن ترك احيا نفس هو
قادر علي احيايها كان مرتكبا لمعصية فالسبيل ان ينهي عن ذلك اولا بالقول فان لم
ينته بالقول فيقاتله بما دون السلاح ولا يقاتل بالسلاح لان قتل النفس بغير حق من اكبر الكباير ومن
نهي غيره عن المنكر لا ينبغي له ان ياتي بما هو انكر من ذلك **قوله** والشفه اذا كان ياتي علي الما كله بان كان
جدولا صغيرا اي شرب الناس والدواب اذا كان يفني الما وينا صله وظاهر الرواية انه لا يمنع وهذه
هي المسئلة التي غلط ابو حنيفة رضي الله عنه فيها زفر رحمه الله وقد مرت ولكن اختلف المشايخ،
فيه قيل لا تمنع لان الابل لا ترد كل يوم ففي اليوم الذي لا ترد الابل يكون الما لصاحب الجدول وهذا هو
السبيل في الما المشترك اذا كان لا يصل الي كل واحد منهم حقه فيجعل بينهم بالنوبة وقيل يمنع منها
كما يمنع من سقي المزارع والمشاجر ولهم ان ياخذوا الما عنه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح فيه
اختلاف المشايخ ايضا والصحيح انهم ياخذون الما عن الجدول الصغير للوضوء وغسل الثياب
دفعا للحرج وقال بعض مشايخنا رحمهم الله لا ياخذون الما للوضوء وغسل الثياب بل يتوضون
ويغسلون الثياب بل يتوضون ويغسلون الثياب في النهر لان الشركة تثبت في حق الشفه
لا غير واختلفوا في التوضي بما السقاية كما قال بعضهم يجوز وقال بعضهم ان كان الما كثيرا محرزا والا فلا
وكذا كل ما اعد للشرب حتي قالوا في الحياض التي اعدت للشرب لا يجوز فيه التوضي ويمنع منه هو
الصحيح ويجوز ان يحمل ما السقاية الي بيته للشرب كذا في الغنا وي **قوله** لان الما مني دخل في المقاسم
اي كان الما مقسوما بين قوم قال شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله اذا اراد ان يعترف بالجره ويسقي
ارضه او شجره ان كان ما دخل في المقاسم لا يكون له ذلك كما في الانهار الصغار انه بالقسمة انقطعت
الشركة في الشرب وانما تبقت في حق الشفه لا غير وهو باخذ الما للشرب لا للشفه فليس له ذلك
وحكي ان شداد بن حكيم اهدي الي خلف بن ايوب رحمهما الله رمانة وكان مريضا فوضعها عند

راسه

راسه فقال اين هذه الرمانة قال من شجره في داري فقال من اي ما سقيتها فقال من نهر سكي فقال
اليس ان دارك في سكة كذا نعم النهر الا الشفعه وليس لك ان تسقي الشجره فردها عليه **قوله** فلا يمكنه
التسيل فيه اي لا يمكن غير صاحب النهر من التسيل في ذلك المسيل **قوله** في كري الانهار لما ذكر مسايل الشرب
شرع في كري الانهار لانه ربما يحتاج من له الشرب الي الكري فشرع يبين مونة الكري علي من يكون في
النهر فبين انواع النهر اولا ثم بين كريه علي من يجب واخر هذا الفصل لان وجوب الكري امر زايد
بوجد النهر ولا يجب الكري علي المشفعين به في النهر العام والكري الحفر **قوله** الانهار
ثلاثة نهر غير مملوك لاحد الي اخره قال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في شرح كتاب الشرب قال
الفقيه ابو جعفر رحمه الله الانهار ثلاثة نهر غير مملوك لاحد ولم يدخل ماوه في المقاسم بعد كالفرات
وجيحون ونحوهما من الانهار العظام ونهر مملوك دخل ماوه تحت القسمة وهو علي وجهين خاص
وعام وجعل محمد رحمه الله الحد الفاصل بين العام والخاص استحقاق الشفعة فقال الخاص من النهر
ما لو بيعت ارض علي هذا النهر كان بجميع اهل النهر حق الشفعة فيحتاج الي ان يذكر الحد الفاصل
بين الشركة العامة والخاصة في الشفعة واختلف المشايخ رحمهم الله في تحديد ذلك ولكن احسن
ما قيل فيه من التحديد هو ان الشركا في النهر ان كان ما دون المائة فالشركة خاصة يستحق بها الشفعه
وان كان مائة فصاعدا فالشركة عامة لا تجب الشفعة للكل وانما تكون للجار وهذا اختيار وحرام كما يختار
فالشركة بينهما عامة لان الشركا اكثر من المائة الا ان الشركة فيه اخص من الشركة في النهر الذي لم يدخل
ماوه تحت قسمة العام وان كان نهرا شركاوه دون المائة فالشركة خاصة فصارت الانهار علي ثلاثة اوجه
واحكامها مختلفة فحكم النهر الاول الذي هو غير مملوك ولم يدخل ماوه في المقاسم ان للناس كلهم حق
الشفعة لان حق الشفعة يثبت في النهر الخاص ففي العام اولي فان احيي رجل ارضا واراد ان يكري
منه نهرا الي ارضه فانه يمنع منه اذا كان في ذلك ضرر بين العامة وان لم يكن فيه ضرر بين لا يمنع من
ذلك وقد مرت في الفصل المتقدم فكري هذا النهر علي عامة المسلمين بكريه السلطان من مالهم وهو
مال بيت المال لان منفعته لهم عامة ولكن يصرف الي مونة الكري مال الخراج والجزية وما جري مجراهما
دون الصدقات والعشر لانها للفقرا واما الجزية والخراج فلنوايب المسلمين وهذا من جملة نوايبهم
وان لم يكن في بيت المال شي اي مال فان الامام يجبر الناس علي كريه اذا احتيج الي الكري لما روي عن علي
عمر رضي الله عنه انه اخبر بمثل هذا فكلموه في ذلك فقال لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه خرج للكري من
كان يطيق الكري منهم ويجعل مونتهم علي الاغنيا المياسير الذين لا يطيقون الكري بانفسهم واما حكم

نهر مملوك دخل تحت القسمة وهو عام فان لكل واحد من الناس حق الشفعة منه لان حق الشفعة اذا
ثبت في النهر الخاص ففي العام اولى وان اراد احد ان يكري منه نهرا الى ارضه يمنع منه اضر بهم ام لم يضر
لانه لابد من ان يكسر من حافتي النهر وذاك مملوك لا يملك الا باذن المالك فكري هذا النهر على اهله لا على
بيت المال لانه مملوك لهم لا للعامة الناس فان ابى البعض من الكري يجبر على كريه كيلا يلحق بالعامة
ضرر لانهم يتضررون لو لم يجبر الابي لانهم يحتاجون الى كري نصيبه كلا نقول ضرر العامة ولا يقال اذا اجبر
يلحق الضرر بالابي ايضا حيث يحتاج الى انفاق مال في كري نصيبه لانا نقول ضرر العامة اعلى الضررين
فيتحمل ادنى الضررين لدفع الضرر الاعلى ولان ضرر الابي يعوض وهو سقي ارض نفسه وضرر العامة
لا عوض له فلا يستوي الضرران وهذا معنى قوله فلا يعارض به اي لا يعارض الضرر العام بالضرر
الخاص بل يغلب جانب الضرر العام ولذلك يجبر الابي عن تحصين النهر اذا كان ثمة خوف غرق
الاراضي من الانشقاق واذا لم يكن فلا لانه موهوم ولا يشبه التحصين الكري لانه معلوم فيجبر
الابي لا محالة واما حكم غير خاص من كل وجه فان لكل واحد من الناس حق الشفعة لقوله عليه الصلاة
والسلام الناس شركاء في ثلاث فان اراد واحد منهم ان يكري منه نهرا الى ارضه لم يكن له ذلك،
الا برضى اصحابه اضر لهم ام لم يضرهم ام لم يضر لانه ليس له مثل هذا في النهر العام المملوك لهم
فان ابى البعض اختلف المشايخ في جوابه قال ابو بكر الاسكاف رحمه الله يجبر الابي وقال
الفقيه ابو بكر البلخي رحمه الله لا يجبر الابي على الكري فقال الفقيه ابو جعفر رحمه الله ويقول
استاذي ابو بكر البلخي احد وجه قول ابي بكر الاسكاف ان هنا توجه ضرران ضرر الابي وهو
اتلاف المال في كري نصيبه وضرر اصحابه وهو انهم يحتاجون الى كري نفسه حتى يتمكنوا من
سقي اراضيهم وضرر الابي يعوض فانه يسقي ارضه وضرر اصحابه بغير عوض ولا شك ان ما
كان من الضرر بغير عوض ولا شك انما كان من الضرر بغير عوض اكبر الضررين فيجب دفعه،
يتحمل الضرر الادنى كما في الابي عن كري النهر العام ووجه ما ذهب اليه ابو بكر البلخي والفقيه ابو
جعفر ان ضرر الابي وضرر اصحابه فتقابلا واستويا فيترك ما كان على ما كان لما تعذر دفع احدهما.
بالاخر كما في الحائط بين اثنين اذا انهدم او انهدم علو وسفل فاراد احدهما ان يبني لا يبني الاخر
لا يجبر الابي بل يقال للاخر ابن انت ان شئت وانما قلنا باستواء الضررين لان كل واحد يعرض اما
عرض ضرر الابي اذا اجبر على الكري فظاهر وكذا عوض ضرر اصحابه لانه يمكنهم ان يرفعوا الامر الى القاضي
حتى ياذن لهم في حفر نصيبه على ان يستوفوا منه مؤنة الكري من نصيبه من الشرب بان يستوفوا

من

من نصيب الابي من الشرب قدر ما يبلغ فيه ما انفقوا في نصيبه للكري فاذا استوى الضرران وجب،
ترك ما كان على ما كان لكن اذكر خواهرزاده رحمه الله في شرح كتاب الشرب الا ان العادة تبدلت،
طلب للاختصار **قوله** والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه اي بين النهر العام والخاص والضمير،
في به اي النهر قال ابو العباس الناطفي رحمه الله في الاجناس حق الشرب في الاراضي يجري مجرى الطريق
في الاذن في استحقاق الشفعة لانه من حقوق الارض فان كان بحيث يجري في الارض السفن لا شفعة
بحق الشرب كما لا شفعة في الاستطراق في طريق نافذ واذا كان النهر تجري فيه السمار يا دون السفن تعلق
حق الشرب الشفعة كما يتعلق بطريق سكة غير نافذ الشفعة **قوله** بخلاف الشفعة بخلاف ما تقدم
اي بخلاف الابي في كري النهر المملوك العام حيث يجبر الابي على الكري لان الضررين ما استويا بل ضرر.
الشركاء اكبر الضررين على ما بينا **قوله** ولا جبر في حق الشفعة جواب سؤال مقدر بان يقال ان كان
لا يجبر الابي على الكري لحق الشركاء فلم لا يجبر لحق الشفعة كما قيل انه يجبر لحق الشفعة الشفعة لان الخبر
لحق الشفعة لا يستقيم ولهذا لو امتنعوا جميعا من الكري لا يجبرون على الكري لحق اصحاب الشفعة كذا ذكره
خواهرزاده رحمه الله في شرحه **قوله** ومؤنة كري النهر المشترك عليهم من اعلاه فاذا جاوز ارض
رجل رفع عنه وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا هي عليهم جميعا من اوله الى اخره بحصص
الشرب والارضين والضمير المستتر في جاوز ورفع الى الكري وضع المسئلة في النهر الخاص وبيان
ذلك ما قال في التحفة ان النهر اذا كان بين عشرة لكل واحد منهم عليه ارض فان الكري من فوهة،
النهر الى ان يجاوز شرب اولهم بينهم على عشرة اسهم على كل واحد منهم العشر فاذا تجاوز شرب
الاول خرج هو من الكري ويكون الكري على الباقين على تسعة اسهم فاذا جاوز شرب الثاني سقط
عنه النفقة ويكون الكري على الباقين على ثمانية اسهم وعلى هذا الترتيب وقالا ان المؤنة بينهم
على عشرة اسهم من اول النهر الى اخره لهما ان الكري مؤنة من مؤن الملك وجميع النهر مشترك في،
بينهم من اوله الى اخره ولهذا لو بيعت ارض في اسفل النهر كان للكل حق الشفعة فاذا كان النهر
مشتركا كان الكري عليهم جميعا ولان اهل الاسفل شاركوا اهل الاعلى في كري النهر لانه مفتح مائهم
فليشارك الاعلى اهل الاسفل ايضا لانه مصب مائهم والجامع الحاجة الى المفتح والمصب لانه لو لم
يكن له مصب الفضل مائه يغرق ارضه ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الكري انما يجب لامكان سقي،
الارض الا ترى ان النهر اذا لم يكن منكبسا وكانت الاراضي يمكن سقيها بدون الكري لا يجب الكري والذي
جاوز الكري ارضه امكنه سقي ارضه ولم يبق له حاجة فلا يجب عليه الكري بعد ذلك كما لو لم يكن له

الاسفل منكسا والجواب عن قولهما انه يحتاج الي المصب قلنا هذه الحاجة ترفع بسد فوهة
النهر اذا استغني عن الما فاذا ارتفعت الحاجة بدون الكري لا يجب الكري بعد ذلك لان ذلك ملك
غيره وانما له حق السيل فتكون المونة علي صاحب الملك لا علي صاحب الحق كما اذا كان له مسيل
ما علي سطح مملوك لغيره لا يجب عليه عمارة المسيل في ذلك السطح وانما وجبت الشفعة لهم جميعا
لاشتراكهم في المفتح ومن جنس هذه المسئلة انهم اذا احتاجوا الي اصلاح حافتي النهر فان
الاصلاح من اعلاه عليهم جميعا فاذا بلغوا ارض رجل ترفع عنه مونة الاصلاح في قول ابي
حنيفة رضي الله عنه وعندهما مونة الاصلاح من اعلي النهر الي اسفله عليهم جميعا ومن ذلك ان
الطريق في سكة غير نافذة اذا احتاجوا الي اصلاحها وبلغوا دار رجل منهم هل ترفع عنه مونة
الاصلاح قال شيخ الاسلام خواهرزاده رحمه الله لا رواية لهذا واختلف المشايخ فيه فمنهم من
قال هو علي الخلاف فعلي قول ابي حنيفة رضي الله عنه ترفع مونة الاصلاح عنه خلافا لهما وقال
الفقيه ابو جعفر رحمه الله رايت في بعض الكتب لمشايخنا انهم متي احتاجوا الي عمارة الطريق
في سكة غير نافذة فان مونة الاصلاح من اعلاه عليهم جميعا فاذا انتهوا الي باب دار رجل ترفع
عنه مونة الاصلاح وكان مونة الاصلاح علي الباقين بخلاف عندهم جميعا قال فعلي هذا
يحتاج ابو يوسف ومحمد رضي الله عنهما الي الفرق بين السكة والنهر ووجه الفرق ان صاحب
الدار لا حاجة له الي الطريق فيما جاوز داره فانه لا يستعمل ما جاوز داره من الطريق بوجه ما
وفي النهر يحتاج الي تسييل الماء فيما وراء ارضه لولا ذلك لغرقت ارضه حال كثرة الما **قوله** فلا
يلزمه ابقاع غيره استعمل الانقاع في معني النفع وهو ضد الضر ولم يسمع ذلك في قوانين اللغة
وانما رجعته في لغة هذيل بمعني رجعته ويجوز علي قياسه انفعته بمعني نفعته ولكن اللغة
لا تصح بالقياس ويجوز ان يكون ذلك سهوا من الكاتب بان يكون في الاصل بانتفاع غيره من
باب الافتعال لان بكري النهر يستقل ارضه ينتفع غيره **قوله** يرفع عنه اذا جاوز ارضه وقيل اذا
جاوز فوهة نهره فالي الاول ذهب الكرخي رحمه الله والي ذلك اشار في الاصل ايضا حيث قال
اذا جاوز ارض رجل رفع عنه مونة الكري في قول ابي حنيفة رضي الله عنه ولم يقل اذا بلغوا فوهة
نهر رجل يرفع عنه مونة الكري وهذا الذي ذكرنا في النهر الخاص اما في العام العظيم الذي عليه قري
فاحتاجوا الي كريه فاذا بلغوا فوهة نهر قرية هل ترفع عنهم مونة الكري ام تكون المسئلة علي
الاختلاف قالوا لم يذكر محمد رحمه الله هذا في الاصل وقال لو ذكر محمد هذه المسئلة في النوادر وذكر انهم

اذا بلغوا فوهة نهر قرية يرفع مونة الكري عنهم جميعا **قوله** فاذا جاوز الكري ارضه
الي اخره وهذه المسئلة فرع مسئلة الكري قالوا لم يذكرها محمد رحمه الله في الاصل وقال المشايخ
اذا جاوز الكري ارضه فاراد ان يفتح راس النهر حتي يستقي ارضه فله ذلك علي قول ابي حنيفة رضي الله
عنه لانه سقط عنه مونة الكري وعلي قولهما لا يكون له ذلك لانه لم يسقط عنه مونة الكري ذكره خواهر
زاده رحمه الله في شرحه **قوله** وليس علي هذا الشفة من الكري شي وذلك لانهم لا يحصون لان اهل
الشفة اهل الدنيا جميعا فلا يمكن جمعهم لكري ولانه لا ملك لهم في رقبة الارض قال في
الاصل قال ابو حنيفة رضي الله عنه ليس علي اهل فيما اعلم من الكري شي وان كان لهم شركة في ما
هذا النهر الخاص من حيث الشفة لان شركتهم في الشفة عامة فانها ثابت لجميع الناس والشركة
العامة لا عبرة لها في حق نفاذ التصرف ولهذا لو اعتق احد من الغانمين عبدا من الغنيمة
قبل القسمة لا ينفذ عتقه فكذا لا يكون لها عبرة في حق التزام المونة فاما شركة اهل النهر في حق
الشرب شركة خاصة ولهذا يجب لهم الشفعة هذه الشركة الخاصة لها عبرة في نفاذ التصرف فكذا
في التزام المونة الا انه دخل في كلمة الشاب حيث قال فيما اعلم لان اهل الشفة محتاجون الي
الكري للشفة كما ان اهل النهر يحتاجون الي الكري للشرب فهذا كان يقتضي ان يكون الكري عليهم جميعا
فاوجب الشك ولكن لما كانت شركة اهل الشفة عامة لم يجب عليهم **فصل** في الدعوي
والاختلاف والتصرف فيه اي في الشرب لما فرغ من الفراغ عن مسايل الشرب ذكر مسايل شتي
منهم تتميما للفايدة **قوله** ويصح دعوي الشرب بغير ارض استحسانا وجه القياس انه ادعي
شربا مطلقا ولم يبين له سببا فيحمل علي التجارة لا علي غير التجارة من الارث والوصية كالاقرار
بالشي مطلقا يحمل علي التجارة لا علي غيرها حتي صح الاقرار بالدين مطلقا من الصبي الماذون و
العبد الماذون فصار التجارة كالمنصوص عليها ولو نص علي ان الشرب صار له من جهة التجارة
من غير ارض لا يقضي له بالشرب صار له من جهة التجارة من غير ارض فكذا هذا وجه الاستحسان
ان دعوي الشرب مطلقا محمول علي التجارة فلو ادعي ان الشرب له بالتجارة واقام علي ذلك
بينة يقضي له ويحمل علي انه اشتري الشرب مع الارض ثم باع الارض وترك الشرب لنفسه فيكون
الشرب له بالتجارة واذا امكن القضا بالبينة من هذا الوجه وجب القضا بها لان البينات حجج
فيجب القضا بها ما امكن قال في باب الشهادة في الشرب من الاصل واذا كان نهر لرجل في
ارض فادعي رجل فيه الشهادة ويقضي له بذلك استحسانا لانها شهادة قامت علي شرب معلوم مر

من غير ارض والشهادة علي الشرب من غير ارض مقبولة واذا كان الشرب معلوم لانهم شهدوا
له بشرب يوم من ثلاثين يوما ويوم معلوم وكذلك مسيل الما فلو ادعي يومين في الشهر فجا
بشاهدين فشهد احدهما بيوم في رقبة الشهر بريد لقوله في رقبة الشهر ان له شرب يوم
من هذا الشهر في شهر وشهد الاخر علي يومين ذكر ان في قياس قول ابي حنيفة رضي الله
عنه لا يقضي له بشي وفي قياس قولها ابي يوسف ومحمد رضي الله عنهما يقضي بالاقل وهو
شرب يوم وقال شيخ الاسلام خواهرزاده رحمه الله في شرح كتاب الشرب ذكر هذا
الاختلاف في بعض نسخ الكتاب ولم يذكر في البعض ثم قال فيه الفقيه ابو جعفر ما
ذكر من الاختلاف يجب ان يكون في الاقرار وقد نص علي الخلاف في فصل الاقرار وبعد هذا
قال شهد احدهما ان المدعي قبله اقر بشرب يومين وشهد الاخر انه اقر له بشرب يوم
فالمسئلة علي الاختلاف لانه لم يشهد علي واحد من الاقرارين الا شاهد واحد كما لو شهد
احدهما انه اقر له بالف وشهد الاخر انه اقر له بالالف وشهد الاخر انه اقر له بالعين واما اذا
شهدوا علي الاقرار وشهد احدهما انه له شرب يوم من الشهر من هذا النهر وشهد الاخر
بشرب يومين يجب ان يقبل علي الاقل لانهم شهدوا بالعين وفي الشهادة بالعين تقبل علي
الاقل بان شهد احدهما ان هذا العبد بين لهذا وشهد الاخر ان هذا العبد بعينه له تقبل علي
الواحد عندهم جميعا قالوا وان شهدوا ان له شرب يوم ولم يسموا عدد الايام ولم يشهد وان
له في رقبة النهر شي لا تقبل هذه الشهادة لانهم شهدوا بشرب مجهول لا يمكن القضا به لانه
لا يدري ان له شرب يوم من النهر او من السنة او من الاسبوع وجهالة المشهود به يمنع
قبول الشهادة لانهم شهدوا بمعلوم يمكن القضا به فيقبل شهادتهم كما لو شهدوا له بعشر مدة
الارض قال ولو ادعي رجل عشر عين او قناة فشهد له شاهدان احدهما بالعشر وشهد الاخر
باقل من ذلك بجز من احد عشر حرفا ان شهدوا علي الاقرار لا تقبل في قول ابي حنيفة رضي الله عنه و
عندهما تقبل استحسانا علي الاقل ولم يشهدا علي الاقرار لا تقبل في قول ابي حنيفة رضي الله عنه
وعندهما تقبل استحسانا علي الاقل ولم يشهدا علي الاقرار تقبل في قياس قول ابي حنيفة
رضي الله عنه وعندهما تقبل استحسانا علي الاقل فان لم يشهدا علي الاقرار تقبل بالاتفاق علي الاقل
لانهم شهدوا بالعين كذا ذكر شيخ الاسلام رحمه الله في شرحه قوله واذا كان نهر لرجل يجري
في ارض غيره فاراد صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه ترك علي حاله يعني لصاحب الارض ان

يمنع

١٤١

يمنع من ذلك قال في قسم المبسوط من الشامل لرجل ارض ولاخر فيه نهر يجري ليس لصاحب الارض
منعه من الاجري لانه مستعمل للنهر بسوق الما اليه فهو في يده فيكون القول لصاحب النهر وان لم
يكن في يديه سالته البينة علي ان النهر له فان لم يقم البينة علي رقبته فاقام انه قد كان له
مجري ما يسوقه الي ارضه اجزته وقال شيخ الاسلام خواهرزاده رحمه الله في اواخر شرح كتاب
الشرب رجل له مجري ما يجري الي بستانه في بستان غيره ومجري ميزاب في دار قوم او ممشي في
دار قوم قد كان يأخذ الي منزله يقال صاحب الميزاب والدار لا ادعك تجري الما الي بستانك
ولا ادعك تمشي في داري وقال صاحب البستان والميزاب والممشي انه حق لي فان كان الما يجري
الي البستان وقت المنازعة او كان ما بنا في داره وقت المنازعة فالقول صاحب البستان
لان صاحب البستان مستعمل لهذا المجري وصاحب الدار غير مستعمل له بل متعلق به لان ملكه
متصل به فمتي تنازع اثنان في شي واحدهما مستعمل لذلك والاخر متعلق به ولا يعلم حاله ما
تنازعا فيه فادعي كل واحد منهما ان النهر له فان كان الما جاريا وقت المنازعة يقضي بالنهر لصاحب
الارض انما له اتصال بملكه لا غير فكذا هذا وان لم يكن الما جاريا ولا كان ما شافيها وقت المنازعة
فالقول قول صاحب الدار لان صاحب البستان غير مستعمل للمجري ولا كان للمجري متصلا بملكه حتي
يجعل اتصال ملكه كتعلقه به وملك صاحب الدار متصل به فصار كتعلقه به ومتي تنازع اثنان
في شي احدهما متعلق به ولا تعلق بالاخر كان المتعلق اولي اذا لم يعرف حال ما تنازعا
فيه كالنهر اذا لم يكن الما فيه جاريا وقت الخصومة كان صاحب الارض اولي بالنهر لان ارضه
متصل بالنهر فكذلك هذا اذا لم يقم لاحدهما بينة فان اقام صاحب البستان البينة علي ان له
طريقا في داره او مجري ماله الي بستانه يقضي له بذلك لان الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة
فاما اذا شهدوا انه كان يمشي في داره او يجري ما في داره الي بستانه قد يكون بحق وبغير حق
قلنا اذا كان الما جاريا وقت الخصومة فالمدعي مستعمل للنهر فيكون النهر في يده حاله الاستعمال
ثابت بيقين فلا يخرج من يده بالشك فاذا لم يكن جاريا وليس للمدعي يد محتاجا الي اعادة
ما ادعي الي يده ان كان يجري بحق يجب اعادته وان كان بغير حق فلا يجب فلا يعاد بالشك قوله
ملكا له اي فيما اذا اقام البينة ان هذا النهر قوله او حقا مستحقا فيه اي في النهر يعني فيما
اذا اقام البينة ان هذا النهر له مجراه في هذا النهر قوله فحكم الاختلاف اي اختلاف المتخاصمين
او المدعيين فيه اي نظير في كل واحد من هذه الاشيا من المصب والميزاب والممشي نظيره في

الشرب اي نظير الاختلاف فيه اي في كل واحد من هذه الاشيا وقد مر به البيان قبل هذا **قوله** واذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم علي قدر اراضيهم قال في الاصل فاذا كان النهر بين قوم لهم عليه ارضون ولايعرف كيف اصله بينهم فاختلفوا فيه واختصموا فيه واختصموا في الشرب فالشرب يقسم بينهم علي قدر اراضيهم قال في الاجناس وحكي عن ابي علي الدقاق صاحب كتاب الحيض انه يكون بينهم علي قدر حاجتهم وفايدته انه اذا كان لاحدهم عشرة اجربة وللاخر عشرة الا ان ارضه لايكتفي للزراعة بقدر الماء يا خذه فعلي ما قاله محمد رحمه الله الما بينهما نصفان وعلي ما قال الدقاق له اخذ الما زيادة وقال شيخ الاسلام خواهرزاده رحمه الله فرق بين هذا وبين طريق مشترك جماعة لايعرف كيف اصله بينهم اختلفوا في ذلك فانه يقسم بينهم علي عدد الروس لا علي عدد املاكهم حتي اكثرما يعطي لصاحب الكثير وفي الشرب يعطي لصاحب الكثير اكثرما يعطي لصاحب القليل وانما كان كذلك لان في الشرب صاحب الكثير مع صاحب القليل تفاوتا في سبب الاستحقاق فيتفاوتان في سبب الاستحقاق وفي الطريق صاحب القليل ساوي صاحب الكثير في بحث الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق وانما قلنا ذلك لان سبب استحقاق الشرب حاجة الارض الي الشرب وحاجة صاحب الكثير الي الشرب اكثر من حاجة صاحب القليل فتفاوتا في سبب الاستحقاق فيتفاوتان في الاستحقاق ايضا فاما سبب استحقاق الطريق فالحاجة الي المرور والتطرق وحاجة صاحب القليل الي المرور وحاجة صاحب الكثير سوا فلما استويا في سبب الاستحقاق استويا في الاستحقاق قال ومن الناس من قال يقسم بينهم علي عدد الخراج والصحيح ما قاله علماونا رحمهم الله هذا اذا لم يعلم مقدار حقهم فاذا علم يقسم علي ما كان في الاصل قال في الاصل فان كان الاعلي منهم لايشرب حتي يسكر النهر لارتفاع ارضه وكلمة الما لايكون له المسكر محمد بن شجاع اراد محمد رحمه الله بهذا اذا كان نصب صاحب اعلي النهر لايكفيه لجميع ارضه حتي يسكر النهر فيساق كل الما اليه ليس له ذلك الا ان يكون ارض صاحب الاعلي مرتفعة لايصل الما اليه الا ان يتخذ في النهر سكر وارباب الارضين مقرون ان شربها من هذا النهر فهذا لابد من ان يجعل فيه سكر لكل واحد منهم يوم يسوق الما كله الي ارضه يجوز الي هنا لفظ الاجناس وذلك لان السكر احداث تصرف في مكان مشترك فلايكون له ذلك الا باذن الشركا قياسا علي ساحة بين اثنين اراد احدهما ان يحدث فيه حدثا من البنا او غير ذلك لايكون له ذلك الا برضا الشركا واليه ذهب الفقيه ابو جعفر رحمه الله قال شيخ الاسلام خواهرزاده رحمه الله ومن مشايخنا رحمهم الله من قال اذا وقعت المنازعة بينهم علي هذا الوجه

لابد

لابد من اعتبار رضا زعمتهم لان اهل الاعلي يطلبون حقهم ولهم ذلك واهل الاسفل يمنعون اهل الاعلي من احداث تصرف في مكان مشترك ولهم ذلك فلابد من ان يقطع القاضي المنازعة فيما بينهم بالنوب بالايام فان قسمة الما علي هذا الوجه مشروع ويطلق لاهل الاعلي السكر في يوميهم بوضع لوح او عود يحبسون به الما ولايسكرون بالطين لان حاجتهم ترتفع بوضع اللوح وحال كثرة الماء يامر اهل الاعلي بسد فوهة النهر حتي يندفع ضرر زيادة فضل الما عن اهل الاسفل فيقطع المنازعة بينهم علي هذا الوجه قال شيخ الاسلام رحمه الله هذا كله اذا كان لايمكن لاهل الاعلي الانتفاع بالما الا بالسكر فلما اذا امكنهم ذلك الا انهم ارادوا السكر ليتعجل لهم السقي فانه لايكون لهم ذلك الا باذن الشركا فاذا طلب اهل الاعلي من الامام ذلك لايجيبهم الي ذلك لانهم يمكنهم الوصول الي حقهم من غير احداث امر في مكان مشترك باذن الشركا فتكون له ذلك كما في الساحة المشتركة اذا بني احدهم باذن الامام الشركا والسكر حبس الما من الجريان وليس لاحدهم ان يكري منه نهرا قال شيخ الاسلام خواهرزاده رحمه الله في شرح كتاب الشرب واذا اراد احدهم ان يكري منه نهرا لم يكن له ذلك الا برضي اصحابه سوا كان مكري من هذا النهر فان كان يكري نهرا الارض لاشرب لها من هذا النهر لايكون له ذلك الا باذن الشركا لوجهين احدهما انه لابد ان يكسر حافة النهر وحافة النهر مشترك بينه وبين غيره والثاني انه يريد ان ياخذ اكثر من حقه في الشرب فيمنع من الكري لوجهين ولو كان يكري لارض تشرب من هذا النهر فلعلة واحدة وهي انه يريد ان يكسر حافة النهر وحافة النهر مشترك بينه وبين غيره قال وان اراد احدهم ان ينصب عليه رحي مالم يكن له ذلك الا برضي اصحابه لانه يبني علي حافة النهر وهو مشترك بينه وبين غيره فاما اذا كان الموضع الذي يضع عليه الرحي ملكه كان له وضع الرحي اذا لم يضر بالما واذا اضر بالما لم يكن له ذلك وصورته ان تكون حافتا النهر وبطن النهر ملكا له ولغيره حق اجرا الما فمواضع الرحي ملكه كان له وضع الرحي اذا لم يضر بالما واذا اضر بالما لم يكن له ذلك وصورته ان يكون حافتا النهر وبطن النهر ملكا له ولغيره حق اجرا الما فمواضع الرحي تصرف في خالص ملكه فاذا لم يضر باجرا الما لايمنع من ذلك وان اضر منع كعبد بين شريكين كاتبه احدهما وقال في التحفة اذا اراد ان ينصب عليه رحي ليس له ذلك الا برضي الشركا لان منفعة الرحي ملك وحق لهم فاذا بني اختص بتملك المنفعة وانقطع حق الشركا عنها فيمنع فاما اذا كان موضع الرحي ملكه وليس فيه ضرر بالشركا بان كان الما يدير الرحي ويجري الما علي سننه في النهر فليس لهم حق المنع لان الما مشترك بينهم ولكل واحد منهم ان ينتفع بحقه علي وجه لايتضرر به شركاوه فاما اذا اكري نهرا من هذا النهر

لارضه كان شربها من النهر ولارض لم يكن من هذا النهر

عمهم

ويخرج الماء حتي يصل الي الرحي المملوكة في ارضه فيدير رحاه ثم يجري الي النهر من اسفله وليس له ذلك لان فيه
ضررا بالشركا بقطع الماء عن سنته فيتاخر وصول حقهم اليهم وينتقص في الجملة ايضا وكذلك الجواب في نصب
الدالية والسانية التي تستقي عليها اي من النهر **قوله** ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة قال شيخ الاسلام
خواهر زاده رحمه الله وكذلك ليس له ان يتخذ علي النهر جسرا ولا قنطرة الا برضاهم لانه لابد من
وضع الجذوع علي حافتي النهر وذلك مشترك بينهم وليس لاحد الشريكين ان يحدث حدثا
في مكان مشترك الا باذن صاحبه قالوا الجسر ما يوضع ويرفع من الالواح والخشب وقال
في المغرب الجسر ما يعبر به النهر مبنيا كان او غير مبني والقنطرة ما يكون مبنيا من الاجر يضم
بعضها الي بعض ولا يمكن رفعه قال ولذلك عنى بين قوم لهم عليها ارضون فهو مثل هذا النهر ولذلك
بير بين قوم يسقون منها اراضيهم ولذلك البركة بين قوم ليس لاحدهم ان يكري منه نهرا
وان يحدث حدثا الا باذن شركايه اضرهم ام لم يضرهم قال اهل اللغة والبركة الحوض
قوله بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص ياخذ من نهر خاص بين قوم فاراد ان يقنطر
عليه ويستوثق منه له ذلك اراد بالنهر الخاص بين قوم ان يكون بحال يجري فيه الشفعة وقد مر
بيانه من قبل وقال في الاصل وسالت ابا يوسف رحمه الله عن رجل له نهر خاص من هذا النهر
الاعظم اراد ان يقنطر فيه ويستوثق قال له ذلك وذلك لانه يتصرف في خالص ملكه لانه يضع الخشب
والاجر علي خالص ملكه وانه محتاج الي ذلك لانه اذا لم يستوثق راس نهره يغلبه الما فاذا كان
ما يفعله محتاجا اليه وهو تصرف في خالص ملكه وانه محتاج الي ذلك لانه متي لم يستوثق راس نهره
ربما يغلبه الما فاذا كان ما يفعله محتاجا اليه وهو تصرف في خالص ملكه لم يمتنع ذلك فاذا كان
مقنطرا مستوثقا فاراد ان ينقض ذلك قال ان كان لا يزيد ذلك في اخذ الما منع لانه اضر بغيره وان
تصرف في خالص ملكه **قوله** ويمنع ان يوسع فم النهر قال في الاصل وسالت ابا يوسف رحمه الله
عن رجل اراد ان يوسع فم النهر هل له ذلك قال لا قال شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله في كتاب
الشرب فرق بين هذا وبين التسفيل والرفع حيث قال له ذلك لان التسفيل تصرف في خالص ملكه
ولم يضر باصحابه علي ما بينا فاما في توسيع فم النهر يتصرف الي حافتي النهر الذي ياخذ منه الما وانه
مشترك بينه وبين اصحابه ويضر شركايه ايضا لانه بتوسيع الفم ياخذ من الما اكثر من حقه فيصير غاصبا
شيا من ما اصحابه **قوله** وكذا اذا كانت القسمة بالكوى يعني اذا كانت القسمة بالكوى لا يكون له ان
يوسع الكوة الكوة نقب البيت والجمع كوى كبدوة وبدر وقد يضم الكاف في المفرد ويستعار الكوى لمفاتيح

الماء الي المزارع والجداول فقال كوى النهر كذا في المغرب **قوله** وكذا اذا اراد ان يوخرها عن فم النهر
فيجعلها في اربعة اذرع منه اي لا يكون له ذلك قال في الاصل قلت فان اراد ان يزيد في عرضه ويوخر
الكوى عن فم النهر فيجعلها علي اربعة اذرع من فم النهر اي اسفل قال ليس له ذلك وان تصرف في
خالص ملكه لانه يضر باصحابه لانه ياخذ الما اكثر من حقه قال شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله قال
وصورة هذا اذا كانت الالواح التي فيها الكوى في فم النهر واراد ان يوخرها عن صفة النهر فيجعلها في
وسط النهر ويدع فوهة نهره بغير لوح فانه لا يكون له ذلك لانه يريد ان ياخذ الما اكثر من حقه لان
الما اذا دخل في راس النهر يحتبس ويحتقن فيجمع الما فيدخل في الكوى اكثر مما كان يدخل لو كان الكوى في
صفة النهر الاول لان الما في صفة النهر الاول لان الما في صفة النهر لا يكون مجتمعا **قوله** بخلاف
ما اذا اراد ان يسفل كواه او يرفعها حيث يكون له ذلك اي اراد ان يسفل كواه اي وجه الارض واراد
ان يرفعها الي فوق قال في الاصل وسالت ابا يوسف رحمه الله عن هذه الكوى اراد صاحبها ان يكريها
فيسفلها عن مواضعها ليكون اكثر لاخذها من الما قال له ذلك لان التسفيل تصرف في خالص ملكه لان كوه
غيره خالص ملكه فكان له ذلك وان كان اكثر لاخذ الما لانه تصرف في خالص ملكه فكذا هذا وفسر في
الاجناس الكرى بقوله يعني السواقي فان قيل انه وان تصرف في خالص ملكه يضر باصحابه وليس له
لانه ياخذ الما اكثر من حقه وانه لم يعلم مقدار عمقه في القديم قالوا يسفل مقدار ما يكري مثل مقدار
النهر في العرف والعادة وان اراد الزيادة علي ذلك منع منه هكذا قال الفقيه ابو جعفر رحمه الله
فان اراد ان يرفع الكوى ليكون اقل للما في ارضه فله ذلك لان الرفع كبس بعض النهر وله ان يكبس نهره
كله لانه خالص ملكه فكان له كبس البعض بالطريق الاولي فان قيل في الكبس وان تصرف في خالص
ملكه الحاق الضرر بغيره وهو اهل الاسفل فلا يكون له ذلك كما في الاصل اذا اراد احد الشركا
فكذا هذا قلنا قال شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله تاويل ما ذكر اذا كان راس نهره مرتفعا في
القديم فسفله الما فكان له ان يرفع مقدار ما يعيده الي الحالة الاولي وليس له ان يرفع اكثر من
ذلك وليس كما ذكر في مسئلة الكوه لان وضع المسئلة ثمة ان الكوه كانت مشتركة فهو بالسد يحدث
تصرفا في مكان مشترك فلا يكون له ذلك الا باذن الشركا فاما هذا تصرف في خالص ملكه ولا يلحق بغيره
ضررا لانه رفع الكوه الي ما كان عليه في القديم **قوله** ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فاراد
احدهم ان يقسم بالايام ليس له ذلك يعني اذا لم يرض الشركا بذلك فاذا رضوا كان له ذلك ويجي ذلك
عند قوله الا ان يتراضيا قال في كفاية البيهقي نهر بين قوم ياخذ من النهر العظيم لكل واحد منهم كوى علي

التفاوت فقال اصحاب السفل تاخذون اكثر من نصيبكم لان كثرة الما في اول النهر فتنقص حكم بقدر ذلك فيجعل
لكم ولنا ابا ما معلومة وتسد كوا كم في ايامنا ليس لهم ذلك لانه ثبت وضعا لذلك فلا يعتبر **قوله** ولو
كان لكل منهم كوى مسماه اي معدوده في نهر خاص ليس لواحد ان يزيد كوه وان كان لا يضر باهله
وذلك لان احداث الخرق فيما هو مشترك لا يجوز الا باذن وان لم يكن الضرر بخلاف ما اذا كانت الكوى
في النهر الاعظم الذي لم يدخل في المقاسم كالفراة ودجله حيث لا يمنع ان يزيد في الكوى اذا لم يضر بغيره
لانه يعتبر بكرى النهر منه فلو كرى نهرا ابتدا جاز فكذا اذا زاد على الكرى فاستشهد محمد رحمه الله لهذا
بطريق خاص بين قوم ليس لاحد منهم ان يبني ولا يفتح فيه بابا في دار اخرى ولا يسيل فيه ما ولا يشرع فيه
ميزابا ولا كنيفا اضر بهم ام لم يضر بهم فكذا في النهر الخاص **قوله** وليس لاحد الشركا في النهر ان يسوق
شربه الي ارض له اخرى ليس لها في ذلك شرب قال في الاصل وان كان بين قوم لهم عليه ارضون لكل
رجل منهم ارض معلومة فاراد احدهم ان يسوق شربه الي ارض اخرى ليس لها شرب من ذلك النهر لا يكون
له ذلك الا باذن الشركا وذلك كانه لا يخلوا اما ان يسوق شربه الي الارض المحدثة من نهر اخر يكريه لها
من النهر المشترك فلم يكن له ذلك لوجهين احدهما انه يريد ان يحدث حدثا في مكان مشترك لانه
يريد ان يكسر حافة النهر وحافة النهر مشتركة بينه وبين شركايه فلا بد من اذن الشركا والثاني
لان ياخذ الما اكثر من حقه للحال ان كان يسقي الارضين جميعا وان كان لا يسقي الارض القديمة
وانما يسقي الارض المحدثة والارض المحدثة والقديمة في المساحة علي السوا فان لم يكن اخذ اكثر من
حقه للحال يصير اخذ اكثر من حقه في الثاني بان يتقادم العهد ويتنازعوا في يقضى له بشرب الارضين
جميعا اذا لم يعلم حقيقة الحال لان الشرب بينهم علي مقدار الارض اذا لم يعلم حقيقة الحال فكما لا يمكن من
ان ياخذ اكثر من حقه للحال لا يمكن من ان يفعل فعلا يصير به اخذ اكثر من حقه في الثاني وان ساق شربه
الي الارض المحدثة من مجرى الارض القديمة لا يكون له ذلك ان كان يريد سقي الارضين للحال لانه يصير اخذ
اكثر من حقه في الشرب للحال وان كان لا يسقي الارض المحدثة يصير اخذ اكثر من حقه في ثاني الحال
علي ما بينا وكذا اذا اراد ان يسقي الارض التي لا شرب لها من هذا النهر بالحريم واذا ملا ارضه واراد ان
يسقي الارض الاخرى قال ان لم يسد فوهة النهر وساق ذلك الما الي الارض المحدثة من غير مجرى فلوا له
ذلك لانه لم يصر اخذ اكثر من حقه لا في الحال ولا في الثاني لانه متى لم يكن للارض الثانية مجرى من هذا
النهر ووقعت الخصومة في الشرب لا يعطى لهذه الارض شرب من هذا النهر ثم قال محمد رحمه الله وهذا
بمنزلة طريق بين قوم فليس لبعضهم ان يفتح اليه طريقا من دار اخرى لانه يريد ان يجعل لهذه الدار ممرا

الي

الجديدة الطريق لم يكن له من قبل فلم يكن من ذلك فلذا هذا قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح كتاب الشرب
ومنها اذا كان ساكنهما اثنين فاذا كان ساكن الدارين واحدا فلا يصير بما صنع اخذا اكثر من حقه وتفتح
الباب علي جداره لانه يتصرف في خالص ملكه **قوله** تنشف بعض الما اي يتشربه **قوله** ولو اراد الاعلى
من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا لفيض الما علي ارضه كيلا ينزله ذلك صورته
ما قال في الاصل وهو ان نهرا بين رجلين له خمس كوى من هذا النهر الاعظم واحد الرجلين ارضه في اعلى
النهر والاخر ارضه في اسفل النهر فقال صاحب الاعلى اريد ان اسد من هذه الكوى واحدة او ثنتين لان
ما النهر يكثر في ارضي فيفيض نتره صنه قال ليس له ذلك لان سد الكوى احداث تصرف في مكان مشترك
فلا يكون له ذلك الا برضى صاحبه كما لو اراد ان يوسع الكرى والثاني ان صاحب السفل له ان يعارضه ويقول
ان كان كثرة الما يضرك فقلة الما بسد الكوى تضر بي فاستوت في الضرر واذا تقابل الضرران واستويا
يترك ما كان علي ما كان **قوله** وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة بينهما اي ليس له ذلك يعني اذا
قال صاحب الاعلى لصاحب الاسفل اجعل في نصف الشهر ولك نصفه فاذا كان في حصتي سددت
ما بدا لي واذا كان في حصتك فتحتها كلها ليس له ذلك الا برضى صاحبه لانه تطلب المهاياة من صاحبه فيما
يتمكن قسمته بالاخر الي صاحبه فلا يجبر علي ذلك كالدار التي تحتمل القسمة من حيث الاخر اذا طلب احدهما
المهاياة من صاحبه وابى صاحبه لا يجبر علي المهاياة فكذا هذا فان تراضيا علي ذلك كان جايزا كما لو
تراضيا علي ذلك كان جايزا كما لو تراضيا علي ذلك ابا ما لم يدل لصاحب الاسفل ان ينقض قال له
ذلك لان المهاياة غير لازمة لانها عارية لان تجويزها بطريق الاجارة متعذر لانه يكون مبادلة منفعة
بمنفعة من جنسها وهو باطل فيجوز بطريق الاعارة وللمعير ان يرجع في عاريته متى بدا له كذا قال
شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله في شرح كتاب الشرب **قوله** والشرب مما يورث ويوصي
بالانتفاع بعينه اي قيد بالوصية بعين الشرب احترازا عن الوصية ببيع الشرب وهبته وصدقته
فان ذلك وصية بالباطل والوصية بالباطل باطل قال محمد رحمه الله في الاصل وسال ابا يوسف رحمه
الله علي رجل مات ممن له هذا الشرب فقال يصير شربه ميراثا وان كان بغير ارض وذلك لان الملك
بالارض يثبت حكما لا قصدا ويجوز ان يثبت الشي حكما وان كان لا يثبت قصدا كان الخمر يملك حكما بالميراث
وان كان لا يملك قصدا بساير اسباب الملك فان اوصى فيه بوصيته قال ذلك جايز لان الوصية اذا كان الموصي
له ينتفع بذلك قال وسالته عن الهبة والصدقة والعجلي والعمرى قال لا يجوز لان الشرب لا يملك بالبيع
بلا ارض ليلا يرد العقد علي ما هو حق من حقوق الملك مقصودا فكذا لا يملك بلا ارض بالصدقة والهبة

قوله والوصية بذلك اي وبخلاف الوصية ببيع الشرب وصدقته وهبته قال في الاصل وان باعه شرب يوم او اقل من ذلك او اكثر فانه لايجوز وذلك لمعاني ثلاثة احدها ان الشرب عبارة عن النصيب من الماء والماء لايملك قبل الاحراز ولهذا من لاشرب له من هذا النهر اذا سقي ارضه بشرب غيره لايضمن ولو كان مملوكا ضمن واذا لم يكن مملوكا قبل الاحراز لم يجز بيعه والثاني ان المبيع وهو الماء مجهول لانه لايصير معلوما الا بالاشارة او بالكيل والوزن ولم يوجد شي من هذا فكان مجهولا جهالة تفضي الي المنازعة والجهالة على هذا الوجه توجب فساد البيع ولان فيه غررا لايعلم ان الماء يجي او ينقطع وقال شيخ الاسلام خواهرزاده رحمه الله في شرح كتاب الشرب من مشايخ بلخ كابي بكر الاسكاف ومحمد بن سلمة وغيرهم رحمهم الله يجوزون بيع الشرب يوما او يومين حتى يزداد نوبة المشتري لان اهل بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم الي ذلك والقياس مما يترك بالتعامل كما جوزنا الاستصناع للتعامل وان كان القياس يابي جوازه وكان الفقيه ابو جعفر واستاذه ابو بكر البلخي لايجوزان ذلك وقالا هذا تعامل بلده واحده والقياس يترك بتعامل البلاد كلها كما في الاستصناع ولايترك بتعامل بلدة واحده **قوله** وكذا لايصلح مسمي في النكاح قال محمد رحمه الله في الاصل واذا تزوج الرجل على شرب بغير الارض فالنكاح جايز وليس لها من الشرب شي وانما لها مهر المثل وذلك لان النكاح يصح من غير تسمية اصلا فلان يصح مع تسمية مال مجهول اولي وانما وجب لها مهر المثل لفساد التسمية لان المسمي مجهول المقدار فان الماء يزداد وينتقص وجهالة قدر المسمي يمنع صحة التسمية كما لو تزوجها على مكيل او موزون مجهول المقدار لايصح التسمية حتى لايكون لها من المسمي شي وانما يكون لها مهر المثل فكذا هذا ثم ان محمدا رحمه الله ذكر في الاصل هذا ثلاث مسايل احداها هذه والثانية الخلع وهو انه اذا خالع امراته على شرب لها بغير ارض كان باطلا يعني ان التسمية باطلة حتى لايكون له من الشرب شي اما الطلاق فواقع لان وقوع الطلاق يعتمد وجود القبول لا وجود المقبول الا ترى انه لو خالعها على خمر او خنزير فقبلت وقع الطلاق وان لم يجب المقبول فكذا هذا فان وجب عليها رد ما اخذت من المهر لان المسمي للخلع مجازا لان المسمي ليس بمال مال مجهول القدر وقبلت ذلك بخلاف ما اذا خالعها على خمر او خنزير فانه يقع الخلع مجانا لان المسمي ليس بمال متقوم والثالثة مسئلة الصلح على دم العمد وهو ان يصالح من دم العمد على شرب بدون الارض فان القصاص يسقط اذا قبل القاتل لان سقوط القصاص يعتمد وجود القبول لا وجود المقبول الا ترى انه لو صالح عن دم العمد على خمر او خنزير يسقط القصاص لوجود القبول وان لم يجب المقبول فكذا هذا ولايكون له شي من الشرب لان التسمية لاتصح لجهالة قدر

المسمي

١٤٥

المسمي الا انه لايقع الصلح مجانا بل يجب على القاتل رد الدية لان الصلح لو وقع على خمر او خنزير لم يقع مجانا وانما يقع بالدية ومنا اولي لان الشرب مال حلال كذا قال خواهرزاده رحمه الله في شرحه وقال في الشامل الصلح عليه اي على الشرب في قصاص نفسا او دونه باطل وجاز العفو لوجود شرطه وهو القبول وعلى القاتل الدية وارش الجناية قياسا وبه ناخذ لانه لم يرض بسقوطه مجانا **قوله** ولايصلح بدل الصلح عن الدعوي قال في قسم المبسوط من الشامل الصلح من الدعوي على الشرب باطل وهو على دعواه لان المصالح عليه مجهول محتاج الي قبضه وقال شيخ الاسلام خواهرزاده رحمه الله في شرح كتاب الشرب واذا ادعي رجل قبل رجل دعوي في ارض او دار او كرم فصالحه من دعواه على شرب بغير ارض كان الصلح باطلا لانه وقع على خلاف جنس الحق كان فيه معنى البيع وبيع الشرب بلا ارض لايجوز فكذا لايجوز الصلح على الشرب من غير ارض واذا بطل الصلح بقي المدعي على راس دعواه كما لو صالحه على مكيل او موزون مجهول القدر بقي المدعي على راس دعواه فكذا هذا وان المدعي قد شرب من ذلك الشرب سنة او سنتين فلا ضمان عليه وان استوفاها بحكم عقد فاسد لما بينا من المعاني قبل هذا **قوله** ولايباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون ارضه وذلك لان بيع الشرب في حال حياته لايجوز بقدر الدين فكذا بعد وفاته **قوله** الاصح ان يضم الي ارض لاشرب لها الي اخره وهذا قول اكثر المشايخ رحمهم الله في معرفة قيمة الشرب كذا قال خواهرزاده رحمه الله في شرحه وهو ان يضم هذا الشرب الي جريب من الارض اقرب ما يكون من هذا الشرب فيباع باذن صاحبها ثم ينظر بكم يشتري فيكون فضل ما بينهما قيمة الشرب فان كان يشتري مع الشرب بمائة وخمسين وبدون الشرب بمائة يعرف ان قيمة الشرب خمسون درهما فيصرف الخمسون الي الدين فان لم ياذن صاحب الارض يشتري من مال الميت ارض فيباع الشرب معها **قوله** واذا سقي الرجل ارضه مخرها ماء اي ملاها فسال من مائها في ارض رجل فغرقها او نزت ارض جاره من هذا الماء فلا ضمان عليه لانه غير متعد فيه اي في السقي والمخر قال في الاصل واذا سقي الرجل ارضه ومخرها فسال من مائها في ارض رجل فغرقها لم يكن على رب الارض ضمان قال خواهرزاده اراد بقوله مخرها اي ملاها وكذلك اذا نزت ارض جاره ثم قال خواهرزاده قال الفقيه ابو جعفر تاويل ما قال محمد رحمه الله اذا سقي ارضه سقيا فيسقي بمثله في العرف والعادة فاما اذا سقي سقيا لايسقي بمثله في العرف فغرقت ارض جاره فهذا مسبب لا مباشر لان سقي المثل قد يغرق ارض جاره وقد لايغرقها والمسبب لايضمن ما تولد من فعله ما لم يكن متعديا في التسبيب كما لو حفر بيرا في داره فوقع فيه انسان فاما اذا سقي

مل
بل

بيان ارضه جاره

سقيا لا يسقى بمثله فغرقت ارض جاره ضمن لانه متعد في التسبب وهذا كما قالوا يضمن اوقد نارا توقد
مثلها في الدور في العرف والعادة لا يضمن اذا احترق دار جاره لانه مسبب غير متعد وان اوقد نارا لا توقد
مثلها في العرف والعادة يضمن لانه متعد في التسبيب وكذا اذا نزت ارض جاره على هذا التفصيل فان ما
اذا ملأت في ارضه حجر فار فتعدى الى ارض جاره وغرقت ارض جاره فان كان لا يعلم بحجر الفار لا يضمن
لانه سقي سقيا مثله وان علم ضمن لانه سقى سقيا لا يسقى مثله لانه مع حجر الفار لا يسقى الا بعد لبس
الحجر وعلى هذا قالوا اذا فتح راس نهره فسال من النهر الى ارض جاره فغرقت قالوا ان فتح من الماء
مقدار ما يفتح من الماء في مثل ذلك النهر في العرف والعادة لا يضمن وان فتح مقدار الا يفتح مثل ذلك
المقدار في ذلك النهر في العرف والعادة يضمن لما بينا ثم قال شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله حكي عن
الشيخ الامام اسمعيل الزاهد رحمه الله انه كان يقول اذا سقى مثله انما لا يضمن اذا كان محقا في السقي بان
سقاه في نوبته مقدار حقه فاما اذا سقى في غير نوبته او في نوبته اكثر من حقه يضمن لانه مسبب وهو
متعد فيضمن ما تولد منه يقال حرب السفينة الماء اي سقته بجيزومها كذا في ديوان الادب وقال
في الصحاح يقال نخرت الارض اذا ارسلت فيها الماء وقال في الاصل ولو ان رجلا احرق كلأ في ارضه وقد
النار يمينا وشمالا فاحرقت شيئا لغيره لم يضمن رب الارض قال شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله
في شرحه قالوا تاويل هذا اذا اوقد نارا يوقد مثلها في العرف والعادة فاذا اوقد نارا لا يوقد مثلها
فانه يصير ضامنا قال والجواب في احراق الكلأ في ارضه كالجواب فيما اذا اوقد نارا في داره واحرق
ارض جاره وقد مر جنس هذه في اخر كتاب الاجارات والله تعالى اعلم كتاب الاشربة
ذكر كتاب الاشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما في الاشتقاق وهو اشتراك اللفظين في المعنى الاصلي
والحروف الاصول ولكن قدم الشرب لانه حلال والاشربة فيها حرام كالخمر والاشربة جمع شراب
وهو اسم لما يشرب كالطعام اسم لما يطعم اي يوكل وانما سمى محمد رحمه الله هذا الكتاب كتاب الاشربة
لما فيه من بيان احكامها كما سمى كتاب الحدود لما فيه من بيان احكام الحدود وكما سمى كتاب البيوع
لما فيه من بيان احكامها ثم الاعيان التي تستخرج الاشربة اربعة العنب والتمر والزبيب والحبوب كالحنطة
والشعير والذرة والاجاص والفرصاد ونحو ذلك من الشهد والفانيذ وسيجي بعد هذا احكام جميعها
ان شاء الله تعالى وقال في شرح الاقطع والاشربة كلها مباحة بالعقل الا ما ورد الشرع بتحريمه لان الاشيا
كلها عندنا على الاباحة في الاصل قوله قال الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهو عصير اذا غلى واشتد
وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثه وهو الطلا المذكور في الجامع الصغير ونقيع

التمر

التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا غلا واشتد الى قال القدوري رحمه الله في مختصره وقوله وهو الطلاء
المذكور في الجامع الصغير من لفظ صاحب الهداية لا من لفظ القدوري ولذلك قوله وهو السكر وفسر الفقيه
ابو الليث رحمه الله في شرح الجامع الصغير الطلا بالمنصف وسيجي بيان هذه الجملة عقيب هذا على
التوالي ان شاء الله تعالى بالطلا المصهر وكذا انثنه دوان الاذن قال المطرزي قوله وهو عجين من
الطلال كانما شربوا العبوق من الطلا المعرق وقال في الصحاح والطلا ما طبخ من عصير العنب
حتى ذهب ثلثه وتسميه العجم المبختج وبعض العرب يسمي الخمر الطلا يريد بذلك تحسين اسمها لا انها
الطلا بعينها قوله اما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع احدها في بيان ما بينها وهي التي
من ما العنب واذا صار مسكرا وهكذا احصروا الكلام فيها في العشرة في شروح الجامع الصغير والماهية
بمعنى الماهية وهي ماهية الشي هو كماهية الانسان فهي حيوان ناطق وهذا هو المعروف عند اهل اللسان
وعامة اهل العلم وقال بعضهم كل مسكر خمر وهو مذهب مالك والشافعي رضي الله عنهما لما روى الطحاوي
رحمه الله في شرح الاثار باسناده الى ابي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
الخمر من هذين الشجرتين النخلة والعنبة وفي رواية والكرمة وروى الطحاوي باسناده الى ابن عمر رضي الله
عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل مسكر خمر وكل مسكر حرام ولانها سميت خمرا لمخامرة العقل
وهي موجودة في كل مسكر ولنا ما روى الطحاوي باسناده الى عبد الله بن شداد بن الهاد عن ابن عباس
رضي الله عنهما قال حرمت الخمرة لعينها حتى حرم قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب فاخبر ابن عباس
ان الحرمة وقعت على الخمر لعينها حتى حرم قليلها وكثيرها وعلى المسكر من سائر الاشربة فدل على
التفرقة بين الخمر وسائر الاشربة ولان الاسم خاص باتفاق اهل اللغة في النيء والمسكر من ماء العنب ولهذا
اشتهر استعماله فيه وكذلك في العرف عند الناس فانهم اذا ارادوا غير الخمر يسمون باسامي اخر كالسكر
والفضيخ والبتع ولان الاصل ان يفرد كل اسم بمسمى لان الاشتراك خلاف الاصل فمن ادعى الاشتراك
فعليه النقل من ائمة اللغة ونحن لا نسلم ذلك ولان حرمة الخمر قطعية تثبت الايمان ثبتا قطعيا
ويقينا لا بما فيه شبهة بيانه ان النيء المسكر من ماء العنب خمر قطعا ويقينا لثبوت ذلك بالاجماع فيترتب
عليه الحرمة القطعية فاما سائر الاشربة ففي تسميتها خمرا شبهة لان فيها خلافا بين اهل العلم وادنى
درجة الاختلاف ايراث الشبهة وكيف يرتب الحرمة الثابتة قطعا على ما فيه شبهة لان بالشبهة
لا يثبت القطع واليقين ولا نسلم ان الخمر اطلقت على النيء المسكر من ماء العنب وان وجد هذا المعنى
وهو المخامرة في غيره كالقارورة سميت بها لانها يقر فيها الشي ثم لا نسمي كل ما يقر فيه الشي قارورة

كالجراب ونحوه وكالدانـ ومي من الدبس ثم الابرادبه كل ماينبذ من التمر وغيره اذا اطلقت بل يراد
بها اما الفرس او الحمار او البغل وقوله عليه الصلاة والسلام الخمر من هاتين الشجرتين المراد به بيان الحكم
وهو الحرمة لان تعيع التحريم لا يثاره الحقيقة لان النبي صلى الله عليه وسلم مبعوث لبيان الاحكام لا لبيان
الحقايق لان النبي صلى الله عليه وسلم بان يقول هذا حجر وهذا شجر لان كل احد يعلم ذلك من احاد الناس
وكل ما يروى في هذا الباب من هذا القبيل فجوابه نحو هذا كما روى البخاري رحمه الله باسناده الى ابن
عمر رضي الله عنه قال سمعت عمر على منبر النبي صلى الله عليه وسلم يقول اما بعد ايها الناس انه نزل
تحريم الخمر وهي من خمسة من العنب والتمر والعسل والحنطة والشعير والخمر ما خامر العقل **قوله**
من مخامرة العقل يقال خامره اي خالطه **قوله** ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره هذا ايضا
لكون الاسم خاصا اي اشتهر استعمال اسم الخمر في النيء من ماء العنب اذا صار مسكرا واشتهر في غير
ماء العنب غير اسم الخمر كالنبيذ والنقيع والسكر والفضيح والبيع **قوله** لتخمره اي لكونه خمرا **قوله**
وهذا اكثر التخمير يعني في اللغة كالقارورة ونحوها **قوله** والحديث الاول طعن فيه يحيى بن
معين اراد به قوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل والثاني من مس ذكره
فليتوضا والثالث كل مسكر خمر وكل مسكر حرام ذكره علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وغيره في كتاب
النكاح وكان يحيى بن معين رحمه الله اماما في الحديث عالما حافظا متقنا ولد سنة ثمان وخمسين
ومائة وتوفي سنة ثلاث وثلاثين ومايتين في ذي القعدة بالمدينة وقال احمد بن حنبل رضي
الله عنه كل حديث لا يعرفه يحيى بن معين فليس بحديث **قوله** والثاني اي الحديث الثاني
وهو قوله عليه الصلاة والسلام الخمر من هاتين الشجرتين اريد به الحكم يعني اذا اسكر كثيره كان حكمه
في الاسكار حكم الخمر في الحرمة وثبوت الحد **قوله** والثاني في حد ثبوت هذا الاسم اي الموضع الثاني
من المواضع العشرة التي وقع الكلام فيها في الخمر حد ثبوت اسم الخمر فعند ابي حنيفة رضي الله عنه اذا
النيء عصير العنب الزبد بعد سلسه فهو حد الخمر وقالا اذا نشر صار خمرا وان لم يقذف بالزبد
وقال شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله في شرح كتاب الشرب الخمر هو التي من ماء العنب
اذا غلا واشتد وقذف الزبد وصار اسفله اعلاه فهذا خمر بلا خلاف من علمائنا واما اذا غلا و
اشتد ولم يقذف بالزبد فعلى قول ابي حنيفة رضي الله عنه ليس بخمر ويحل شربه وبيعه وعلى قولهما
هو خمر لا يحل شربه الى هنا لفظ شيخ الاسلام وانما اخذ بقولهما دفعا للتجاسر العوام لانهم اذا علموا ان
ذلك يحل قبل قذف الزبد يقعون في الفساد لها انه اذا نشر صار خمرا لان السكر يحصل به وقذفه بالزبد

كمال الغليان ولا نهاية له فلا يعتبر ولابي حنيفة رضي الله عنه الخمر هي النيء من ماء العنب اذا غلا و
مطلق الغليان ينصرف الى الكمال الكامل وكماله بان يصير اسفله اعلاه وذلك بقذف الزبد فقبل ذلك
يكون ناقصا والناقص موجود من وجه دون وجه والاباحة كانت ثابتة بيقين فلا يزول بالشك
واحكام الخمر مقطوع بها فلا يصح اثباتها بما فيه شبهة والاصل في الحدود اعتبار الكلام في سببها
كحد الزنا والسرقة لا يجب الا بكمال الفعل اسما وصورة ومعنى من كل وجه لان في النقصان
شبهة العدم والحدود تندرئ بالشبهات **قوله** وقيل يوخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد
احتياطا قال بعض مشايخنا نفتي بالحرمة بمجرد الشدة وبالحد بقذف الزبد احتياطا **قوله**
والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه قال فخر الاسلام البزدوي رحمه الله
في شرح الجامع الصغير ومن الناس من انكر حرمتها عينا وزعم ان السكر حرام وذلك كفر
وباطل مخالف للكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى يا ايها الذين امنوا انما الخمر والميسر
والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان وقد سماه رجسا وهو الحرام النجس عينا فلا شبهة دليله قوله
تعالى او لحم خنزير فانه رجس ولحمه حرام نجس عينا بلا شبهة فكذا الخمر وقال تعالى يسالونك عن
الخمر والميسر قل فيهما اثم وقال في اية اخرى قل انما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها وما بطن والاثم
وقد نص بان في الخمر اثما والاثم محرما واما السنة فكثيرة نعم ذلك في كتب الاحاديث منها ما روى البخاري
رحمه الله في الصحيح مسندا الى ثابت البناني عن انس رضي الله عنه قال حرمت الخمر حين حرمت وما نجد خمر
الاعناب الا قليلا وروى الطحاوي مسندا الى ابن عباس رضي الله عنه قال حرمت الخمر لعينها والسكر من
كل شراب وقال في كتاب الاثار قال النبي صلى الله عليه وسلم ان الله قد حرم الخمر وتمام هذا الحديث
قد مر في اخر كتاب البيوع واما الاجماع فكل مسلم يعتقد حرمتها قطعا الا من خلع ربقة الاسلام
عن عنقه من الدهرية والفلاسفة خذلهم الله تعالى ثم هي غير معلولة عندنا حتى لم يتعد حكمها
الى شيء وقال الشافعي رضي الله عنه هي معلولة فعدى حكمها الى ساير المسكرات وقال في مختصر الاسرار
تحريم الخمر غير معلل بعلة ومن اصحابنا من قال معلل بتسميتها خمرا او بالمعنى الذي سميت لاجله خمرا
ومنهم من قال التحريم تعلل بنجاستها وقال الشافعي رضي الله عنه معلل بالشدة المطربة الى هنا لفظه
رحمه الله لنا ما روينا عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال حرمت الخمر لعينها والسكر من شراب ولان التعدية
تكون في الاحكام لا في الاسماء وقد علل الخصم لتعدية الاسم الى ساير المسكرات وهي غلط ولان التعدية
مع التفاوت بين الفرع والاصل في المعنى فاسد وهذا لان قليل الخمر يدعو الى الكثير ويعدو

ذلك من خواص الخمر بخلاف ساير المسكرات فان قليلها لا يدعوا الي كثيرها **قوله** وهذا من خواص
الخمر فعلي ان يدعوا القليل الي الكثير وهو من خواص الخمر **قوله** بخلاف ساير المطعومات فلو قال
بخلاف ساير المسكرات او قال بخلاف المشروبات كان اولي لانه يريد الفرق بين الخمر وساير
المسكرات لا بينها ومن ساير المطعومات لانه ساق كلامه في جواب الشافعي رضي الله عنه وقد عدي
الشافعي حكم الخمر الي ساير المسكرات لا الي ساير المطعومات **قوله** لانه خلاف السنة المشهورة
اي تعليل الشافعي بمخامره العقل او بالشدة المطربة خلاف ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما حرمت
الخمر لعينها **قوله** والرابع انها نجس نجاسة غليظة كالبول وذلك لان الله تعالي سماها رجسا فكانت كالبول
والدم والمسفوح **قوله** والحاصل انه يكفي مستحلها وذلك لانه انكر الكتاب والسنة والاجماع
لان حرمتها ثبتت قطعا بهذه الاشيا وقد مر بيانها قبل هذا **قوله** والسادس سقوط تقومها في
حق المسلم وذلك لما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم في كتاب الاثار انه قال ان الذي حرم
شربها حرم بيعها واكل ثمنها وقد مر تمام الحديث في اخر كتاب البيوع ولان صاحب السنن
في كتاب البيوع باسناده الي ابي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلي الله عليه وسلم
قال ان الله حرم الخمر وثمنها وحرم الميتة وثمنها وحرم الخنزير وثمنه فدل حرمة ثمنها
علي سقوط تقومها ولان الله تعالي سماها رجسا وهو دليل الاهانة والتقوم دليل العزة
فسقط التقوم ضرورة ويرتفع بوجود الاهانة فلا حرم لا يجب الضمان في غصب خمر
المسلم واتلافها ولا يجوز بيعها لان البيع يبتني علي التقوم والضمان ينبني علي الملك المقوم
ولم يوجد ثم هل يباح اتلاف الخمر نقل الامام محمد الدين السرخسي انه قال الصحيح انه لا يباح
الاتلاف الا لغرض صحيح كما اذا كانت عند فاسق يشربها غالبا او نزكت عند مصلح لو كانت عنده
صالح لا يباح الاتلاف فانها مملوكة له وفي بقايها فايدة وهو التخليل **قوله** والاصح انه مال
وذلك لان المال ما يميل اليه الطبع ويجري فيه البذل والمنع والخمر بهذه المثابة فيكون مالا ولكنها
ليست بمتقومة لما قلنا **قوله** وهو غصب في يده او امانة علي حسب ما اختلفوا
فيه اي في ثمن البيع الباطل فذهب الشيخ ابو سعيد البردعي رحمه الله انه مضمون واليه مال
شمس الايمة السرخسي رحمه الله انه امانة وقد مر تمام ذلك في البيع الفاسد **قوله**
والسابع حرمة الانتفاع بها وذلك لانها حرام واجب الاجتناب فلا يكون اقترابها فلا
يجوز ان يجعل في دهن ولا طيب ولا يجوز الاسقاط بها ولا التداوي بها بوجه ما الحقنة وغيرها

وكذا

وكذا اذا قطرت في الاحليل لان ذلك انتفاع بالخمر وانه حرام الا انه لا يحد في هذه المواضع لعدم
الشرب ولا يجوز سقيها الدواب لما ذكرنا فان سقي شاة فذبحت من ساعته اكل لحمها لانه لم يوثر
في لحمها فان اعتادت شرب الخمر وصار تنحال يوجد ريح الخمر من خلقها فان كانت ابلا يحبس شهرا
ثم يوكل وان كانت بقرا يحبس عشرين يوما وان كانت شاة تحبس عشرة ايام فان صبت في حنطة
لم توكل كالوصب فيها بول فان غسلت وطحنت حل اكلها اذا لم يوجد ريح الخمر وطعمها لزوال
النجاسة قالوا هذا اذا لم ينتفخ فان انتفخت هل تطهر بالغسل علي قول ابي يوسف رضي الله عنه
تطهر اذا غسلت ثلاث مرات وجففت في كل مرة وعلي قول محمد رضي الله عنه لا تطهر ابدا واما اللحم
اذا تنجس علي قول محمد لا تطهر ابدا وفي علي قول ابي يوسف رحمه الله يغلي ثلاث مرات
بما طاهر ويبرد في كل مرة كذا ذكر الامام فخر الدين قاضي خان رحمه الله في شرح الجامع الصغير
قوله والثامن ان يحد شاربها وذلك لان الصحابة رضي الله عنهم في خلافة عمر رضي الله
عنه اجمعوا علي وجوب الحد علي من شرب الخمر ثمانين اذا كان حرا وقد مر بيانه مستوفي في
كتاب الحدود فان شربها انسان لخوف العطش المهلك لا باس به كما لو شرب البول وقال
الشافعي رضي الله عنه يكره فان شرب لهذه الضرورة لم يحد لان الضرورة كما اثرت في سقوط الحد
فان زاد علي قدر الحاجة فسكر حد لان الضرورة كما اثرت في سقوط الحد فان زاد علي قدر الحاجة
فسكر حد لانعدام الضرورة وكذا اذا اكره علي شرب الخمر فسكر لم يحد فاما اذا خلط الخمر بالما
فاما اذا كان الما اقل او كانا سوا يحد شاربه اذا وصل الي جوفه وان كانت الغلبة للما فلا يحد
شاربه الا اذا سكر كذا في شرح الطحاوي رحمه الله **قوله** والتاسع ان الطبخ لا يوثر فيها يعني
ان الخمر اذا طبخت حتي ذهب ثلثاها لا يحل لان الطبخ لدفع النجاسة من الثبوت لا لدفعها بعد
الثبوت قال شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله في شرح كتاب الاشربة ولم يذكر محمد رحمه الله
انه اذا شرب بعد الطبخ ولم يسكر هل يجب الحد ثم قال ويجب ان لا يجب الحد لانه ليس بخمر لهذه
فان الخمر التي هي من ما العنب وهذا مطبوخ وليس بني قال وقد ذكر بعد هذا مسلة تدل علي انه
لا يجب الحد بنفس الشرب وبيانه صب الخمر في المرقة ثم حسي قال لا حد عليه ما لم يسكر ولم يعتبر
الغالب والمغلوب لانه ورد عليه الطبخ والي هذا اشار صاحب الهداية رحمه الله بقوله علي ما قالوا
قوله والعاشر جواز تخليلها وسيجي بيانه في اخر هذا الباب ان شا الله تعالي **قوله**
واما العصير اذا طبخ يعني ذهب اقل من ثلثه وهو المطبوخ ادني طبخه ويسمي الباذق هذا

تفصيل لما اجمل في اول الكتاب بقوله الاشربة المحرمة اربعة عطفا على قوله اما الخمر والباذق تعريب
باده بالفارسي ومنه حديث بن عباس رضي الله عنهما انه سئل عن الباذق وغير الباذق ثم قوله
في المتن والمنصف يجوز ان يكون بالنصب وهو الاوجه عطفا على قوله الباذق اي يسمى
الذاهب اقل من ثلثيه الباذق ويسمى ايضا والدليل على هذا ان ابا الليث رحمه الله ضبط في شرح
الجامع الصغير الذاهب اقل من الثلثين بالمنصف وايضا انه قد حصر الاشربة المحرمة على اربعة
وهي الخمر والعصير الذاهب اقل من الثلثين لكان الاشربة المحرمة خمسة ويجوز ان يكون المنصف
بالضم لانه نوع من الذاهب اقل من الثلثين لانه اعم من ان يكون منصفا او غيره ولهذا جعل شيخ
الاسلام خواهر زاده للباذق قسما والمنصف قسما حيث قال اما الذي يتخذ من العنب والرطب فانواع
ستة الخمر والباذق والمصنف والمثلث والبختج والجمهوري والحميدي ويسمى ابا يوسفي اما الخمر
فقد مر بيانه والثاني الباذق وهو الني من ماء العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد فانه يحرم
قليله وكثيره في قول علمائنا وعامة العلماء رضي الله عنهم وعند بشر واصحاب الظواهر كداود الاصفهاني
وغيرهم يحل شربه ولا يفسق شاربه ولا يكفر مستحله ولا يحد شاربه عندنا ما لم يسكر منه وعند
الشافعي رضي الله عنه يحد اذا شرب قطرة اما نجاسته فغليظة قال شيخ الاسلام رحمه الله
قال قالوا هكذا روي هشام عن ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهما ثم قال وكان الشيخ
الامام ابو بكر محمد بن الفضل رحمه الله يقول على قياس قول ابي حنيفة رضي الله عنه يجوز بيعه
وقال ابو يوسف ومحمد رضي الله عنهما لا يجوز بيعه وهذا يخالف لو يجب ان يكون نجاسته خفيفة
على مذهبهما لتعارض الاخبار في اباحته وحرمته كذا ورد شيخ الاسلام في شرحه ثم قال شيخ
الاسلام رحمه الله والثالث المنصف وهو الذي من العنب حتى ذهب نصفه وبقي نصفه فما دام
حلوا يحل شربه واذا غلا واشتد وقذف بالزبد فانه لا يحل شربه عندنا فحكمه حكم الباذق
وعند بشر واصحاب الظواهر يحل والرابع المثلث وهو الني من ماء العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه
وبقي ثلثه وسيجي بيانه والخامس البختج وقد اختلف العلماء رحمهم الله في تفسيره قال
الامام الحاكم ابو محمد الكفيني البختج العصير الذي صب فيه الماء وطبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي
ثلث فيكون الذاهب من العصير اقل من الثلثين وهو الجمهوري وانه ما دام حلوا يحل شربه
واذا غلا واشتد لا يحل شربه قليله وكثيره عند علمائنا جميعا وقال بعضهم البختج الحميدي
قال شيخ الاسلام رحمه الله وهو الاصح وهو ان يصب الماء على الثابت ويترك حتى يشتد فانه يحل

طبخ صح

شربه

شربه ويقال ابو يوسفي لان ابا يوسف كثيرا كان يستعمله وقيل يشترط الاباحة عند ابي حنيفة
وابي يوسف بعد ما صب الماء فيه ادنى طبخه اختلف المشايخ فيه قال شيخ الاسلام رحمه الله كان
الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل رحمه الله يقول يشترط ادنى طبخه للاباحة عندهما وكان الشيخ
الامام ابو عبد الله الخيزاخزي والامام الحاكم ابو محمد الكفيني يقولان لا يشترط ذلك ومن حكمه انه
يحل شربه ما دام حلوا وكذا اذا غلا واشتد ما دون السكر عند ابي حنيفة وابو يوسف رضي الله
عنهما ولا يحل السكر منه ويحد على ذلك ولا يحد اذا شرب قطرة خلاف الشافعي رضي الله عنهما واما
الجمهوري فهو الني من ماء العنب اذا صب عليه الماء وقد طبخ ادنى طبخة حتى ذهب ثلثه وبقي
ثلثاه فما دام حلوا يحل شربه بلا خلاف فاذا اشتد وغلا وقذف الزبد فهو الباذق
سواء كان الذاهب اقل من الثلثين كذا قال شيخ الاسلام رحمه الله في شرح كتاب الاشربة
وقال في شرح الاقطع رحمه الله واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه فحرام
وقال حماد بن سليمان رحمه الله اذا طبخ حتى ينضج فهو مباح وقد قال بذلك المريسي
وغيره دليلنا ما روي الشعبي عن جابر بن الحصين الاسدي ان عمارا رضي الله عنه اتاه كتاب
عمر اليه يامره ان يامر المسلمين بشرب العصير الذي قد طبخ فذهب ثلثاه وبقي ثلثه فان عمارا
شربه وامر الناس به وقال هذا شراب لم يكن يشربه حتى امرنا امير المومنين عمر رضي
الله عنه وعن داود بن ابي هند رضي الله عنه قال قلت لسعيد بن المسيب الطلا الذي احله
عمر للناس ما هو قال الذي ذهب ثلثاه فاذا بقيت له اعتبر في ذلك ذهاب الثلثين
وكتب به الى الامصار وكان ذلك بحضرة الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير دل على ان حد
الاباحة ذهاب ثلثيه فما دون ذلك على التحريم **قوله** واما نقيع التمر وهو السكر وهو
الني من ماء التمر اي الرطب فهو حرام مكروه ونقيع التمر هو الثالث من الاشربة المحرمة يقال انقع
التمر والزبيب في الخابية الماء فيها ليبتل ويخرج منه الحلاوة في الماء واسم الشراب نقيع
وتفسير صاحب الهداية رحمه الله التمر بالرطب فيه نظر لان التمر اذا انقع في الماء يسمى نقيعا
ولا حاجة الى ان ينقع الرطب لا محالة حتى يسمى نقيعا وقياس كلامه هنا ان يقول في نقيع
الزبيب اي نقيع العنب وليس يقوي الفرق الى ما قال شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله
في شرح كتاب الاشربة فاما ما يتخذ من الزبيب فهو نوعان نقيع ونبيذ فالنقيع منه هو ان
الزبيب في الماء ويترك اياما حتى يستخرج الماء حلاوته فما دام حلوا فهو حلال بلا خلاف واذا اشتد وغلا

وقذفه للزبد فحكمه حكم الباذق عندنا والنبيذ منه هو الذي من ماء الزبيب اذا طبخ ادنى طبخة ما دام
حلوا يحل شربه عندهم جميعا فاذا غلا واشتد فحكمه حكم المثلث قال شيخ الاسلام رحمه الله
التي يتخذ من الهند ثلاثة انواع السكر والفضيخ والنبيذ فالسكر الني من ماء التمر والفضيخ الني
من ماء البسر المذنب فما دام حلوا يحل شربه بلا خلاف فاذا اشتد وغلا وقذف بالزبد فحكمه
حكم الباذق والنبيذ منه هو الذي من ماء التمر والبسر المذنب اذا طبخ ادنى طبخة فما دام حلوا يحل
شربه بلا خلاف واذا اشتد وغلا وقذف بالزبد فحكمه حكم المثلث وسيجي بيان الخلاف في
المثلث ثم اعلم ان نقيع التمر حرام قليله وكثيره عندنا خلافا لاصحاب الظواهر انه مباح وانما يحرم
منه القدح الذي يقع به السكر وهو قول بشر كذا قال خواهر زاده رحمه الله في شرحه لهم قوله
تعالى ومن ثمرات النخيل والاعناب تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا والسكر خمر التمر والرزق الحسن
الخل والدبس والخل والتمر والزبيب ونحو ذلك فمن الله تعالى علينا بالسكر ولا يستقيم المنة بالحرام
فدل انه مباح يدل عليه ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب
فدل ان قليل ما سوى الخمر لا يحرم ولهذا لا يحد من شرب قطرة منه ولا يكفر مستحله ولا يفسق شاربه
كذا قال خواهر زاده رحمه الله ولنا ما روى ابو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والكرمة فدل ان الني من ماء التمر حرام اذا كان مسكرا وقال
شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله في شرح كتاب الاشربة ان رجلا اتى عبد الله بن مسعود رضي
الله عنه فقال في بطني صفر فوصف لي السكر فقال عبد الله رضي الله عنه ان الله تعالى لم يجعل
شفاكم فيما حرم عليكم فثبت ان السكر فقال عبد الله رضي الله عنه ان الله تعالى لم يجعل
شفاكم فيما حرم عليكم فثبت ان السكر حرام وروي عن عمر رضي الله عنه انه قال
في العصير اذا ذهب ثلثاه وبقي ثلثه فقد ذهب حرامه على الاباحة بذهاب الثلثين
فلم يذهب الثلثان لا يثبت الاباحة والجواب عن الاية فنقول انه منسوخ على قول
البعض وهو مذهب الشعبي والنخعي كذا في الكشاف ولا يصح الاحتجاج بالمنسوخ وقيل السكر
النبيذ وهو عصير العنب والزبيب والتمر اذا طبخ حتى يذهب ثلثاه ثم يترك حتى يشتد وهو حلال
عند ابي حنيفة رضي الله عنه الى حد السكر ويحتج بهذه الاية كذا في الكشاف ويحمل السكر المذكور
في الاية على هذا توفيقا بين الاية كذا في والحديث وقيل المراد منه التوبيخ لا الامتنان يعني انتم
سفهاء بكم تتخذون منه سكرا وتتركون رزقا حسنا وعن الشيخ الامام ابي منصور الماتريدي
رحمه

رحمه الله معناه يتخذون من الحلال الخالص ما هو حرام كقوله تعالى قل ارايتم ما انزل الله لكم من رزق
فجعلتم منه حراما وحلالا والذي قال حرام مكروه اشارة الى ان حرمة نقيع التمر ليست كحرمة الخمر لان
حرمة الخمر قطعية قوية وهذه اجتهادية ضعيفة **قوله** واما نقيع الزبيب وهو الني من ماء
الزبيب فهو حرام اذا غلا واشتد اي غلا بنفسه لا بالنار وهذا هو الرابع من الاشربة المحرمة
وانما قيد بنقيع الزبيب لان نبيذ الزبيب وهو الذي طبخ ادنى طبخة يحل شربه الى السكر
عند ابي حنيفة وابي يوسف كالمثلث العنبي عندهما وعند الاوزاعي وشريك رحمهما الله
يباح نقيع الزبيب وانما يحرم القدح المسكر لقول ابن عباس رضي الله عنهما حرمت الخمر لعينها
والسكر من كل شراب ولانه مشروب طيب ليس بخمر ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الخمر من
هاتين الشجرتين والخمر هو الني من ماء العنب اذا غلا واشتد ونقيع الزبيب ايضا ني من
مائه وقد غلا واشتد فيكون قليله وكثيره حرام كالخمر ولانه مشروب رقيق ملذ مطرب يدعو
قليله الى كثيره كالخمر فيكون حراما ثم احكام هذه الاشربة وهي عصير العنب الذي ذهب منه
بالطبخ اقل من ثلثيه ونقيع التمر ونقيع الزبيب تساوي احكام الخمر في بعض الوجوه وتفارقها في بعض
الوجوه اما المفارقة في حق الحرمة فان حرمة الخمر كاملة وحرمة هذه الاشربة قاصرة للاختلاف
في حرمتها يكفر مستحل الخمر ولا يكفر مستحل هذه الاشربة لكن يضلل ويحد شارب قطرة
من الخمر ولا يحد شارب هذه الاشربة ما لم يسكر ويجوز بيع هذه الاشربة ويضمن متلفها عند ابي
حنيفة رضي الله عنه خلافا لهما ولا يجوز بيع الخمر ولا يضمن متلفها اذا كانت الخمر لمسلم ونجاسة
الخمر غليظة ونجاسة هذه الاشربة في غلظتها وخفتها روايتان وقد مر ذلك ففي رواية الغليظة
يمنع الصلاة ما زاد على الدرهم وفي رواية الخفيفة لا يمنع الا الكثير الفاحش واما المساواة
فهي انها لا ينتفع بها بوجه من الوجوه كالخمر **قوله** ويجوز بيعها اي بيع هذه الاشربة
المحرمة سوى الخمر لكن مع الكراهة **قوله** خلافا لهما اي في البيع والضمان يعني ان عند ابي يوسف
ومحمد رضي الله عنهما لا يجوز بيع هذه الاشربة ولا يضمن متلفها عندنا عنده يجب قيمتها لا مثلها على
ما عرف ان اذا اتلف المسلم خمر الذمي يجب القيمة لا المثل وان كانت الخمر من ذوات الامثال لان
المسلم ممنوع من تمليكها فكذا هنا **قوله** وعن ابي يوسف رحمه الله يجوز بيعها اذا كان الذاهب
بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين قال ابو الحسن الكرخي رحمه الله في مختصره ما رواه الحسن عن
ابي يوسف في جواز البيع خلاف المشهور عنه والمشهور عنه ان بيعه لا يجوز **قوله** وقال

في الجامع الصغير وما سوي ذلك من الاشربة فلا باس به قال فخر الاسلام وغيره رحمهم الله في شرح
الصغير الي سوي الاشربة الاربعة المحرمة وهي الخمر والسكر ونقيع الزبيب والعصير الذي ذهب
بالطبخ اقل من ثلثيه فلا باس به قال فخر الاسلام وغيره رحمهم الله في شروح الجامع الصغير
وبهذا الجواب علي هذا العموم في البيان لا يوجد الا في هذا الكتاب اي في كتاب الجامع الصغير
ثم قال وهذا نص علي ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال في قول ابي حنيفة
رضي الله عنه حتي ان الحد لا يجب وان سكر منه في قول وروي عن محمد رضي الله عنه ان ذلك حرام يجب
الحد بالسكر منه ولذلك السكران منه اذا طلق امراته لم يقع عند ابي حنيفة رضي الله عنه بمنزلة
النايم والمغمي عليه وعند محمد رحمه الله يقع بمنزلة طلاق السكران من الاشربة المحرمة الي هنا
لفظ فخر الاسلام رحمه الله وقال الطحاوي رحمه الله وهذا اجود ولذلك كان يقول ابن ابي عمران
رحمه الله وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله في شرح الجامع الصغير اعلم ان الاشربة علي خمس
مراتب منها ما هو حلال بالاجماع ومنها ما حرام بالاجماع ومنها ما هو حلال عندنا حرام عند بعض
الناس ومنها ما هو حرام عندنا الا في قول بعض الناس ومنها ما هو فيه اختلاف بين علمائنا فاما
الذي هو حلال بالاجماع فكل شراب لم يات عليه ايام ولم يشتد وهو حلو فهو حلال بالاجماع
واما الذي هو حرام بالاجماع هو الخمر والسكر من كل شراب واما الذي هو حرام الا في قول بعضهم
فهو المنصف من ماء العنب فهو حرام في قول علمائنا وقول مالك والشافعي رضي الله عنهم الا في
قول بشر فانه يقول المنصف حلال والفقاع حرام لان المنصف مطبوخ في الفقاع غير
مطبوخ واما الذي هو حلال عندنا حرام عند بعض الناس فهو العصير الذي يجعل فيه الخردل
ومضي علي ذلك مدة فهو حلال في قول علمائنا وفي قول سفيان الثوري
يكره ولذلك العصير الذي اذا وضع في الشمس حتي ذهب ثلثاه وبقي ثلثه واما الذي فيه اختلاف
بين علمائنا رحمهم الله فهو نبيذ التمر ونقيع الزبيب اذا طبخ وفي طبخه ثم نزل حتي اشتد
فان اشتد قبل الطبخ فلا خير فيه وهو السكر واما اذا طبخ في طبخه ثم اشتد فان في قول
ابي حنيفة وابي يوسف الاخر لا باس بان يشرب القليل لاستمرا الطعام وفي قول ابي يوسف الاخر
لا باس بان يشرب القليل لاستمرار الطعام وفي قول ابي يوسف الاول وقول محمد رضي
الله عنهما لا خير فيه وبه ناخذ واتفقوا انه لو شرب للهو لا يجوز وكذا روي عن ابي يوسف
رحمه الله في الامالي قال لو اراد ان يشرب للسكر لا يجوز وقليله وكثيره حرام والقعود اليه

حرام

حرام ومشي اليه حرام وانما يجوز اذا قصد استمرا الطعام **قوله** ومن ذهب عقله بالبنج اي
وبمنزلة من ذهب عقله بالبنج قال شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله في شرحه اكل قليل
السقمونيا والبنج مباح للتداوي وما زاد علي ذلك اذا كان يقتل او يذهب العقل حرام وقال
فيه ايضا اي قال في الجامع الصغير وكان ابو يوسف رحمه الله يقول ما كان من الاشربة
يبقي بعد ما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد فاني اكرهه ثم رجع الي قول ابي حنيفة رضي الله عنه
يعني كما قال ابو حنيفة في نبيذ التمر والزبيب اذا طبخ ادني طبخه يحل شربه الي السكر
اي يبقي عشرة ايام بعد ما يبلغ اي بعد ما يغلي ويشتد ولا يفسد اي لا يحمض وكان ابو
يوسف رحمه الله تفرد بهذا الشرط اي شرط انه لا يفسد بعد عشرة ايام ثم رجع الي قول
ابي حنيفة رضي الله عنه وهذا لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال نبيذ يفسد عند
ابانه فلا تشربه وكل نبيذ يزداد جودة علي طول الترك بعد ابانه فلا خير فيه فالاوان
عندهم عشرة ايام يريد به ان كل نبيذ اي يحمض عند ابانه ولم يشتد فلا باس بشربه لانه قبل
ابانه كان حلوا وعند ابانه صار خلا فاما اذا لم يحمض عند ابانه ولكن غلي واشتد وزاد
مرارة فاذا كان نيا لم تمسه النار لا يحل شربه عندهم وان كان مطبوخا ادني طبخة فالمسالة
علي الخلاف فعند ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنه اخرا يحل ما دون السكر وعند محمد
رحمه الله لا يحل ونقل صاحب الاجناس عن نوادر هشام سئل ابو يوسف رحمه الله عن
الخابية تطلا بالخردل ثم جعل فيها عصير فيمكث بينة لا يغلي قال لا باس بشربه اذا لم يسكر
قوله يعتبر حقيقة الشدة علي الحد الذي ذكرنا اشارة الي ما ذكر في من اشتراط قذف
الزبد فما لم يقذف الزبد يحل شرب العصير وان غلا عند ابي حنيفة رضي الله عنه فكذا النقيع
والنبيذ يحل شربه اذا اشتد وان غلا فما لم يقذف بالزبد **قوله** فيما يحرم اصل شربه اي
في نقيع التمر ونقيع الزبيب لان قليله حرام **قوله** وفيما يحرم السكر منه اي بنبيذ التمر
والزبيب اذا طبخ ادني طبخة لان السكر منه هو الحرام لا القليل **قوله** ورجع عن هذا الشرط
وهو شرط ايضا المختصر اي رجع ابو يوسف رحمه الله ايضا عن هذا الشرط وهو شرط ان لا يفسد
بعد عشرة ايام الي قول ابي حنيفة رضي الله عنه في مختصر الكافي قال فيه وقال ابو يوسف ومحمد
رضي الله عنهما المعتق من التمر والزبيب نكرهه ونهي عنه ولا نجيز بيعه وفي رواية ابي حفص
ثم رجع ابو يوسف الي قول ابي حنيفة رضي الله عنهما الي هنا لفظ مختصر الكافي **قوله** وقال

في المختصر اي مختصر القدوري وهو عطف على قوله في اول كتاب الاشربة قال الاشربة المحرمة اربعة
قوله والكلام فيه كالكلام في المثلث اي حكم نبيذ التمر والزبيب اذا طبخ ادنى طبخة حكم
العصير من ماء العنب اذا طبخ وذهب ثلثاه والكلام في مثلث العنب يجي بعد هذا والجواب
هنا مثل الجواب ثمة قال في شرح الطحاوي فاما يجي بعد هذا والجواب هنا مثل الجواب ثمة
قال في شرح الطحاوي فاما الخارج من الزبيب والتمر فالمطبوخ ادنى طبخة من العنبي الى جميع
احكامه **قوله** قال ولا باس بالخليطين اي قال القدوري في مختصره والخليطان عبارة
عن نقيع التمر ونقيع الزبيب يخلطان فيطبخ بعد ذلك ادنى طبخة ويترك الى ان يغلي و
يشتد والاصل في ذلك ما روى محمد بن الحسن رحمه الله في اول كتاب الاشربة عن ابي حنيفة
عن ابي اسحق السبيعي عن ابن زياد قال سقاني ابن عمر رضي الله عنهما شربة ما كدت اهتدي
الى اهلي فغدوت اليه فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب والعجوة نوع من
اجود التمر وفيه دليل على ان شرب الخليطين لا باس به لان الذي سقاه ابن عمر ابن زياد رضي
الله عنهم كان خليطا بدلالة قوله ما زدناك على عجوة وزبيب وكان ذلك مطبوخا لانه لانه
روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه سئل عن نقيع الزبيب فقال خمر احسيها وكان ذلك غلا واشتد
ايضا لا ابن زياد رضي الله عنه قال ما كدت اهتدي الى اهلي وفيه دليل على ان شرب النبيذ
نبيذ التمر او نبيذ الزبيب لا باس به اذا كان مطبوخا وان غلا واشتد خلافا لما يقوله محمد رحمه
الله لان ابن عمر رضي الله عنه مع زهده وورعه وصلابته في الدين سقى ابن زياد منه فلو لم يحل لما سقاه
وفيه دليل بطلان الجمع بين النعمتين يجوز خلافا لما يقوله بعض الناس من اصحاب الظواهر انه
يكره اذا لم يكن احدهما تبعا للاخر فانه روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر
والزبيب والرطب والبسر قال شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله في شرحه روي عن ابراهيم النخعي
رحمه الله انه قال كان هذا في ابتدا الاسلام حين كان بالمسلمين عسره وضيق في امر الطعام يعني
انما نهى عن الجمع بين النعمتين حتى لا يشبع هو وجاره جايع بل يا كل احدهما ويوثر بالاخرى
على جاره ثم لما وسع الله على عباده النعم اباح الجمع بين النعمتين والدليل على ذلك قوله تعالى
كلوا من الطيبات من غير فصل بين الجمع والافراد **قوله** قال ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة
والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ اي قال القدوري رحمه الله في مختصره وهذا اذا كان
من غير لهو وطرب لان النبي صلى الله عليه وسلم قال الخمر من هاتين الشجرتين لخص التحريم بهما

فبقي ما وراهما على اصل الاباحة ولان هذه اطعمة مقتاتة فلا يعتبر ما يحدث منها من الشدة
والسكر كما لا يعتبر السكر الذي يوجد من الحشيش في بعض البلاد وبالسكر الذي يوجد في اللبن
كذا في شرح الاقطع رحمه الله وقال شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله في شرح كتاب الاشربة
فاما الاشربة التي تتخذ من العسل والشهد والفرصاد فالفانيذ والسكر والاجاص ومن
الحبوب كالحنطة والشعير والذرة فانه يحل شربه قبل ان يشتد بلا خلاف فاما اذا غلا واشتد وقذف
بالزبد وطبخ ادنى طبخة يحل عند ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهما وقالوا لا رواية لهذا على قول
محمد منهم من قال يحل شربه على قوله ما دون السكر ومنهم من قال لا يحل وحكي عن القاضي الامام
ابي جعفر رحمه الله انه قال اكرهه هذا اذا طبخ ادنى طبخة فاما اذا لم يطبخ وقد غلا واشتد فيحل
يحل شربه على قول ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهما قالوا فيه روايتان في رواية شرطت ادنى
طبخة للاباحة لان الاشربة المتخذة من هذه الاشياء بمنزلة نقيع التمر والزبيب والطبخ شرط فيهما للاباحة
فكذا هنا وفي رواية لا يشترط لان حال هذه الاشربة دون نقيع التمر والزبيب لان نقيع التمر احد
ما هو اصل للخمر شرعا فان اصل الخمر شرعا التمر والعنب على ما قال النبي صلى الله عليه وسلم الخمر من
هاتين الشجرتين وقد شرطا ادنى طبخة في نقيع الزبيب والتمر فيجب ان لا يشترط ادنى طبخة في نقيع
الزبيب والتمر فيجب ان لا يشترط ادنى طبخة في هذه الاشربة ليظهر نقصان هذه الاشربة عن نقيع
التمر والزبيب وهذا اذا لم يسكر من هذه الاشربة قال شيخ الاسلام رحمه الله لا رواية في هذا
ثم قال وقد اختلف فيه المشايخ وكان الفقيه ابو جعفر رحمه الله يقول لا يحد اذا سكر من
هذه الاشربة لانه متخذ مما ليس باصل الخمر وكان بمنزلة البنج ولبن الرماك والسكر من البنج
ولبن الرماك حرام ومع هذا لا يحد فكذا هنا وقال بعضهم يحد قال شيخ الاسلام رحمه الله قيل
انه قول الحسن بن زياد رحمه الله لانه سكر حصل من مشروب مطرب فيجب عليه الحد قياسا على
النبيذ والمثلث بخلاف ما لو سكر من البنج لان ذلك ماكول لا مشروب والشرع اوجب الحد بالسكر
عن المشروب لا عن الماكول **قوله** يشترط الطبخ فيما اي في كل واحد من هذه الانبذة المتخذة
من العسل والتين والحنطة والذرة والشعير **قوله** وقد ذكرنا الوجه من قبل اشارة الى قوله
لان قليله لا يدعو الى كثيره ويجوز ان يكون هذا اشارة الى المعنى المستفاد من قوله عليه الصلاة و
السلام الخمر من هاتين الشجرتين يعني ان هذه الانبذة ليست بمتخذة مما هو اصل الخمر فلا جزم لم
يحد السكران منه **قوله** المتخذ من الالبان ان اشتد فهو على هذا قيل يحد وقيل لا يحد يعني اذا

سكر **قوله** فالعنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وفي ثلثه حلال وان اشتد اي قال القدوري رحمه
الله في مختصره وهذا مذهب ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهما وروي عن محمد رضي الله عنه وعنهما وروي
عن محمد رضي الله عنه هكذا في النوادر وقال في نوادر هشام وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه
حلال شربه في قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رضي الله عنهم كذا في الاجناس ولهذا القول احد محمد رحمه
الله في كتاب الآثار وعن محمد انه كرهه وهذا هو المشهور من مذهبه وقال في شرح الاقطع وروي عن محمد رحمه الله
انه وقف في ذلك وقال لا احرمه ولا ابيحه وقال مالك والشافعي رضي الله عنهما بان قليله وكثيره حرام وعلى هذا
الاختلاف نبيذ التمر والزبيب اذا طبخ ادنى طبخه ثم غلا واشتد وقذف بالزبد وهذا الخلاف اذا شرب ما دون
السكر منه حرام بالاجماع وكذلك الشرب للهو والطرب وقال شيخ الاسلام خواهرزاده رحمه الله ذكر محمد في كتاب
الاشربة الاختلاف في النبيذ ولم يذكره في المثلث الا ان ما ذكر من الخلاف في النبيذ يكون ذكرا في المثلث وروي عن
ابي حنيفة رضي الله عنه انه قال لبعض تلامذته ان من احدى شرائط السنة والجماعة ان لا يحرم نبيذ الجر وروي
عنه انه قال لا احرمه ديانة ولا اشربه مروة واحتج المخالف بقوله عليه الصلاة والسلام كل مسكر حرام رواه الطحاوي
باسناده الى ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال كل شراب اسكر فهو حرام وروي
باسناده الى عايشة ايضا قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول كل مسكر حرام وروي فيه ايضا باسناده
الى عايشة ايضا وباسناده الى جابر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما اسكر كثيره
فقليله حرام وروي فيه ايضا باسناده الى سعيد بن ابي بردة قال سمعت ابي يحدث عن ابي موسى رضي الله عنه ان النبي
صلى الله عليه وسلم لما بعث ابا موسى ومعاذا الى اليمن قال ابو موسى ان شرابا يصنع في ارضنا من العسل
يقال له البتع ومن الشعير يقال له المزر فقال النبي صلى الله عليه وسلم كل مسكر حرام فاحتجوا بهذه الآثار وحرموا
قليل ساير المسكرات وكثيرها واحتج ابو حنيفة وابو يوسف رضي الله عنهما في قوله الاخير بقوله تعالى يا ايها
الذين امنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون انما يريد الشيطان
ان يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة وايقاع العداوة وهذه المعاني
لا يحصل بشرب القليل فلو خلينا وظاهر الاية لكنا نقول بان القليل من الخمر لا يحرم ولكن تركنا الظاهر في
القليل من الخمر بالاجماع والاجماع فيما تنازعنا فيه من الاشربة على حرمة القليل منها ما على علة ظاهرة للاية لانها
لا يورث العداوة والبغضاء ولا الصد عن ذكر الله وعن الصلاة وقال محمد رحمه الله في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة قال
ثنا ابو اسحق السبيعي وعن عمرو بن ميمون الاودي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال للمسلمين جزور لطعامهم وان العتق
منها لآل عمر وانه لا يقطع لحوم هذه الابل في بطوننا الا النبيذ الشديد وروي الطحاوي رحمه الله في شرح الآثار

باسناده

باسناده الى ابن عباس رضي الله عنهما قال حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب وروى الطحاوي ايضا فيه
باسناده الى عمر رضي الله عنه انه كان في سفر فاتي بنبيذ فشرب منه فقطب ثم قال ان نبيذ الطايف
له غرام فذكر شدة لا احفظها ثم دعا بماء فصب عليه ثم شرب وقال الطحاوي ايضا فيه حدثنا ابو امية قال
ثنا عبد السلام عن ليث عن عبد الملك بن اخي القعقاع بن ثور عن ابن عمر رضي الله عنهما قال شهدت رسول الله صلى الله
عليه وسلم اتي بشراب فدناه الى فيه فقطب فرده فقال رجل يا رسول الله احرام هو فرد الشراب ثم دعا بماء فصبه
عليه مرتين او ثلاثا ثم قال اذا اغتلمت هذه الاسقية عليكم فاكسروا متونها بالماء فدلت هذه الآثار عرفنا
ان المراد من الذي رواه الخصم القدر الذي يسكر لا القليل منه توفيقا بين الآثار حتى لا يقع التضاد فيها.
وقال شيخ الاسلام خواهرزاده في شرحه ذكر ابن قتيبة في كتابه في الاشربة باسناده عن زيد بن علي بن الحسين
ابن علي رضي الله عنهم انه شرب هو واصحابه نبيذا شديدا في وليمة فقيل له يا ابن رسول الله حدثنا بحديث
سمعته من ابيك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في النبيذ فقال حدثني ابي عن جدي عن علي بن ابي طالب
رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تنزل امتي على منازل بني اسرائيل حذو القذة بالقذة والنعل
بالنعل ان الله تعالى ابتلى بني اسرائيل بنهر طالوت احل لهم منه الغرفة وحرم منه الري وان الله تعالى
ابتلاكم بهذا النبيذ واحل منه الري وحرم منه السكر وحديث ابن زياد الذي رويناه عن ابن عمر في
مسالة الخليطين ادل الدلايل ان المراد مما رواه الخصم القدر المسكر لا القليل هو المراد لم يعمل
بخلاف ما رواه ولم يسعه ابن زياد ذلك قول ابن عباس رضي الله عنهما حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب
دليل على ان المراد من حديث الخصم القدر المسكر لا القليل لان احد رواة ذلك الحديث ابن عباس ايضا.
فيبعد في العقول ان يروي ابن عباس حديثا ثم يقول بخلافه وقال محمد رحمه الله في كتاب الآثار اخبرنا
ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم رحمهم الله قال اذا طبخ العصير فذهب ثلثاه وبقي ثلثه قبل ان يغلي فلا باس به
قال محمد رحمه الله وبه ناخذ الى هنا لفظ كتاب الآثار وقد روينا مثل ذلك عن عمر رضي الله عنه عند قوله
واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وقد المنب الكرخي في رواية الآثار عن الصحابة والتابعين
بالاسانيد الصحاح في مختصره بتحليل النبيذ الشديد تركنا ذكرها مخافة التطويل والحاصل ان الاكابر من
اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم واماثلهم كعمر وعلي وعبد الله بن مسعود وابي مسعود رضي الله عنهم
كانوا يحللون شرب النبيذ الشديد وكذا الشعبي وابراهيم النخعي وقال في شرح الاقطع رحمه الله وقد
سلك بعض الجهال في هذه المسالة طريقة قطع قصد بها التشنيع والشنوف عند العوام لما ضاق عليه طريق الحجة فقال
روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ليشربن ناس من امتي الخمر ويسمونها باسمها وقال هذا القايل وهم اصحاب ابي حنيفة

رضي الله عنه وهذا كلام جاهل بالاحكام والنقل والاثار ومتعصب قليل الورع لايبالي ما قال
ثم يقال لهذا القايل ما رميت بهذا القول اصحاب ابي حنيفة لم يبتدعوا في ذلك قولا بل قالوا
ما قاله ايمة اصحاب رسول الله صلي الله عليه وسلم ووجوه التابعين وزهادهم فكيف يظن
بعمر وعلي وابن عباس وعمار بن ياسر رضي الله عنهم وعلقمة والاسود وابراهيم رضي الله عنهم انهم
شربوا الخمر غلطا في اسمها حتي استدرك عليهم هذا القايل حقيقة الاسم وحسن الظن بنفسه وسوء
الظن بسلفه ان هذه الجراة في الدين وقال شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله في شرحه وروي ان
رجلا سال ابراهيم الحربي في مدينة السلام في جامع المنصور بالجانب الغربي فقال ان كنت
امام يشرب النبيذ اتصلي خلفه فقال ابرهيم ارايت لو ادركت علقمة والاسود اكنت تصلي خلفهما
قال نعم ولم يفهم السايل الجواب فاعاد السوال فقال له ابرهيم قد اجبتك والقياس
مع ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهما لان الله تعالي لم يحرم شيا يقصده الناس
من المحرمات في الدنيا الا اباح من جنسه ما يغني عنه الا تري انه لما حرم لحم الخنزير والميتة
اباح انواعا من اللحوم تغني عنه ولما حرم نكاح المحارم والجمع بين المحارم اباح من
الاجنبيات لذلك ههنا فالشراب المطرب يقصده الناس فلما حرم منه انواعا يجب ان يكون
نوع منه مباحا يغني عنه ويقوم مقامه وذلك فيما قالاه فاما من حرم جميع انواع الاشربة
المطربة بحيث لا يوجد من جنسه مباح يكون ذلك خلاف الاصول وخلاف الاصول
لا يجوز **قوله** وهو حرام عندنا اي القدح المسكر حرام عندنا فيما سوي الاشربة
الاربعة المحرمة لا ما قبله **قوله** والحديث الاول اراد به قوله عليه الصلاة والسلام
كل مسكر حرام هذا جواب بطريق المنع بان يقال لا نسلم انه ثابت **قوله** علي
ما بينا اشارة الي طريق يحيي بن معين **قوله** ثم هو محمول علي القدح الاخير
هذا جواب بطريق التسليم يعني ولين سلمنا ان الحد ثابت فجوابه هذا **قوله**
بخلاف ما اذا صب الماء علي العصير ثم يطبخ حتي يذهب ثلثا الكل ولا يحل ذلك لان
ثلثي الكل لا يكون ثلثات العنب لانه ذهب من الما ايضا وكان الماذاهب من العصير اقل
من الثلثين وهذا ظاهر **قوله** ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفي
بادني طبخه في رواية عن ابي حنيفة رضي الله عنه قال في الشامل فاما العنب اذا طبخ
ففي اصح الروايات لا يحل لانه عصير لم يذهب ثلثاه وفي رواية يحل ما دني طبخه

بطبخ

يطبخ الزبيب **قوله** فصار كما بعد العصير يعني الي الطبخ ما العنب بعد عصره
العنب لا يحل ما لم يذهب ثلثاه فكذا اذا طبخ العنب اولا ثم عصر ماوه لا يحل بالطبخ
بعد ذلك الا اذا ذهب ثلثاه **قوله** ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر وبين
التمر والزبيب لا يحل حتي يذهب ثلثاه ولنا في قوله او بين التمر والزبيب نظر لان
ما الزبيب كما التمر يكتفي فيهما بادني طبخه وقد صرح بذلك القدوري رحمه الله
قبل هذا وهو قوله ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادني طبخه حلال
وان اشتد بخلاف الجمع بين العنب والتمر حيث يشترط ذهاب الثلثين لان ما العنب
لا بد من ان يذهب ثلثاه قال في الاصل ارايت التمر المطبوخ يمرس للعنب فيه فيغليان
جميعا والعنب غير مطبوخ قال اكره ذلك وانهي عنه قال شيخ الاسلام
رحمه الله في شرحه وذلك لانه اختلط الحرام بالحلال والتمر غير ممكن
فيحرم الكل وانما قلنا ذلك لان نبيذ التمر بعد ما طبخ ان كان حلالا وان
غلا واشتد فالني من ماء العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد لا يحل وقد
اختلط احدهما بالاخر وتعذر تمييز الحلال من الحرام فيحرم الكل قال
افتحد من يشرب منه قال لا الا ان يسكر منه قال شيخ الاسلام رحمه الله
وهذا اذا كان التمر المطبوخ غالبا والعنب مغلوبا فاما اذا كان العنب
غالبا علي التمر فانه يجب الحد كما لو خلط الخمر بالما اعتبر الغالب والمغلوب
فكذا هذا قال ارايت الرجل يخلط الخمر بعينها مع النبيذ ثم يشرب منه جميعا
ولا يسكر ايجب عليه الحد فالجواب فيه كالجواب فيما لو خلط بالما ان كان الخمر
غالبا وجب الحد وان كان النبيذ غالبا لا يجب ما لم يسكر قال ارايت التمر
والعنب يخلطان جميعا في قدر ثم يطبخان جميعا حتي يذهب ثلثا
العنب فيمرسان وينبذان قال لا باس بذلك اذا كان قد
ذهب من ما العنب ثلثاه وبقي ثلثه وذلك لان ما التمر يحل متي طبخ
ادني طبخه واما العنب يحل اذا طبخ حتي ذهب ثلثاه وبقي ثلثه **قوله**
لما قلنا اشارة الي قوله فعصير العنب لا بد ان يذهب ثلثاه **قوله** ولو طبخ
نقيع التمر والزبيب ادني طبخه ثم انقع فيه تمرا وزبيب ان كان ما انقع فيه

شيا بيس لا يتخذ النبيذ من مثله لا باس به هذه المسايل كلها ذكرت تفريعا
على مسئلة المختصر من قوله ولو طبخ العنب كما هو قال الكرخي رحمه الله في مختصره
قال ابو يوسف رحمه الله في تمر طبخ ثم القي فيه تمر فغلي قال وكان
التمر الذي القي فيه لو نبذ على حدة كان منه نبيذ فلا خير في هذا
النبيذ هذا مطبوخ ونقيع ولو لم يطرح فيه تمر وطرح فيه زبيب
قد ينبذ مثله على حده كان مثل ذلك ولو صب قدح من نقيع في حب
خابية مطبوخ افسده كله الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله **قوله** ولو
طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل وقد مر
بيانه قبل هذا عند قوله والتاسع ان الطبخ لا يوثر فيها واراد بقوله
او غيره سايب الاشربة المحرمة كالعصير الذاهب اقل من ثلثيه ونقيع
التمر والزبيب يعني اذا اشتد احد هذه الاشربة ثم طبخ بعد الاشتداد
فذهب ثلثاه لا يحل لان النار اثرها في دفع الحرمة لا في رفعها ولكن مع
هذا لا يجب الحد في شربه قبل السكر لان الخمر هو النيء من ماء
العنب وهذا مطبوخ لا نيء فلا يكون شاربه شارب الخمر وقد مر قبل ذلك
قوله قال ولا باس بالانتباذ في الدبا والحنتم والمزفت
اي قال القدوري في مختصره واصل ذلك ما قاله محمد رحمه الله في الاصل
وفي كتاب الاثار اخبرنا ابو حنيفة قال علقمة بن مرثد عن ابن
بردة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال نهيتكم عن زيارة
القبور فزوروها ولا تقولوا هجرا
فقد اذن لمحمد في زيارة قبر
امه وعن لحوم الاضاحي ان تمسكوها
بعد ثلاثة ايام فامسكوها ما بدا
لكم وتزودوا فانما نهيتكم ليوسع موسعكم
على فقيركم وعن النبيذ في الدباء والحنتم والمزفت

فاشربوا في

فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وفي بعض الروايات
جاء والنقير بعد قوله والمزفت قال ابو عبيد عن الاصمعي الهجر الافحاش في المنطق
والخنا وكان اهل الطايف ياخذ الدبا فيخرطون فيها عناقيد العنب ثم يدفنونها حتى يهدر
ثم تموت والدبا والقرع جمع دباة والحنتم جرار حمر قال ابو عبيد واما كلام العرب فخضر
وقد يجوز ان يكونا جميعا والمزفت المطلي بالزفت وكان اهل اليمامة ينقرون اصل النخلة
ثم يشدخون فيه الرطب والبسر ثم يدعونه حتى يهدر ثم يموت قالوا وانما نهى عن هذه
الاوعية على الخصوص لان الانبذة تشتد في هذه الظروف اكثر مما تشتد في غيرها
وفيه دليل واضح لابي حنيفة وابي يوسف على اباحة شرب النبيذ الشديد دون السكر وعلى
حرمة ما يقع به السكر ولهذا قال ابراهيم النخعي ما يرويه الناس عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال كل مسكر حرام هذا اخطا رواه وانما الصحيح من الرواية انه قال كل سكر حرام
كذا قال شيخ الاسلام خواهرزاده في شرحه قال ابو داود في كتاب معالم السنن حدثنا عبد الله
بن محمد النفيلي قال حدثنا زهير حدثنا ابو الزبير عن جابر قال كان ينبذ لرسول الله صلى الله
عليه وسلم في سقاء فاذا لم يجد سقاء نبذ له في تور من حجارة والمعنى في النهي عن زيارة
القبور انهم كانوا في ابتداء الاسلام اذا زاروا المقابر يقومون عند المقابر ويقولون
هجرا على رسمهم في الجاهلية ويصفون موتاهم بالبطالة وسفك الدماء وشرب الخمور
فنهاهم النبي صلى الله عليه وسلم عن زيارة القبور فطالما لهم عن الهجر فلما انتهوا عن الهجر
اباح لهم زيارة القبور بعد ذلك كذا قال شيخ الاسلام في شرحه **قوله** فان الظرف لا يحل
شيا ولا يحرمه ومما يبين ذلك قول ابن عباس رضي الله عنه كل حلال في كل ظرف حلال وكل حرام
في كل ظرف حرام ذكره ابو عبيد في حديث الدبا والحنتم وقال مسلم في صحيحه حدثنا محمد بن عبد الله
بن نمير قال حدثنا محمد بن فضيل قال حدثنا ضرار بن مرة ابو سنان عن محارب بن دثار
عن عبد الله بن بريدة عن ابيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم نهيتكم عن النبيذ
الا في السقا فاشربوا في الاسقية كلها ولا تشربوا مسكرا وقال مسلم ايضا حدثنا حجاج
بن الشاعر قال حدثنا ضحاك بن مخلد عن سفيان عن علقمة بن مرثد عن ابن بريدة عن ابيه
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نهيتكم عن الظروف وان الظروف او ظرفا لا يحل شيا
ولا يحرمه وكل مسكر حرام وقال مسلم ايضا وحدثنا ابو بكر بن ابي شيبة قال حدثنا وكيع عن معرف

ابي واصل عن محارب بن دثار عن ابن بريدة عن ابيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
كنت نهيتكم عن الاشربة في ظروف الادم فاشربوا في كل وعاء غير ان لا تشربوا مسكرا الى هنا
لفظ الصحيح والمسكر القدح المسكر **قوله** بعد تطهيرها اي تطهير كل واحد من الدباء والحنتم
والمزفت **قوله** وهي مسئلة ما لا ينعصر بالعصر اي مسئلة تطهير النوعين مسئلة ما لا ينعصر بالعصر
والخلاف فيها مشهور في المختلف وفي شرح الطحاوي عن ابي يوسف ومحمد في هذه النجاسة
اذا اصابت شيئا لا ينعصر بالعصر كالخزف والآجر والحديد والحصير ونحوها فان تشربت
النجاسة في المصاب كما اذا موه الحديد بالماء النجس او كان الخزف والاجر جديدين قال
محمد لا يطهر ذلك ابدا وقال ابو يوسف يموه الحديد بالماء الطاهر ثلاثا فيطهر ويغسل الخزف
الجديد والاجر الجديد ثلاثا ويجفف في كل مرة فيطهر فان لم تتشرب النجاسة بان كان الاجر
والخزف عتيقين والحديد لم يموه به يطهر بالغسل ثلاثا سواء كان الغسل على التوالي او تخلل
بين الغسلات تجفيف كذا ذكر في النوازل والباقي يعلم في الفتاوى وقال في الاصل ان
الظرف الذي يكون فيه الخمر يغسل ثم يصنع فيه الخل او النبيذ او الرب قال لا باس بذلك
لان الماء اذا صب في الخمر فيدخل في داخلها ويستخرج ما في الاناء من اجزاء الخمر واذا خرج
ما فيه من الخمر بالغسل صار طاهرا فلم يكن باس بان يجعل فيه النبيذ او الرب قال لا باس
به هكذا اذا كان الظرف عتيقا فاما اذا كان خزفا جديدا وقد جعل فيه الخمر هل يطهر اذا
غسل بعد ذلك فيه اختلاف على قول ابي يوسف يطهر اذا اغسل ثلاث مرات ويجفف في كل مرة
وعند محمد لا يطهر ابدا قال شيخ الاسلام في شرحه ومن مشايخنا من يقول بان على قول ابي يوسف
اذا لم يجفف كل مرة ولكن ملئ فيه الماء مرة بعد اخرى فما دام يخرج متغير اللون لا يحكم بطهارته
واذا خرج الماء صافيا غير متغير فانه يحكم بطهارته هذا اذا اغسل ظرف الخمر بعد ما صب منه
الخمر اما اذا لم يصب منه الخمر حتى صار الخمر خلا فما حال الظرف لم يذكر محمد هذا في الكتاب
اي في الاصل قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرحه وقد حكي عن الحاكم ابي نصر محمد بن مهرويه
انه كان يقول ان ما يوازي الاناء من الخل لا شك انه يطهر لان ما يوازي الخل من الاناء فيه اجزاء
الخل وانه طاهر فاما على الحب الذي انتقص من الخمر قبل صيرورته خلا فانه يكون نجسا
لان ما تداخل اجزاء الحب من الخمر لم يصر خلا بل يبس عنه كذلك خمرا فيكون نجسا فيجب ان
يغسل اعلاه بالخل حتى يطهر الكل لان غسل النجاسة الحقيقية بما سوى الماء من المائعات
التي تزيل النجاسة جائز عندنا فاذا اغسل اعلى الحب بالخل صار ما دخل فيه من اجزاء الخمر خلا

من ساعته فيطهر الحب بهذا الطريق فاما اذا لم يفعل هكذا حتى ملئ من العصير بعد ذلك فانه ينجس
العصير ولا يحل شربه لانه عصير خالطه خمر الا ان يصير خلا كذا قال خواهر زاده **قوله** قال واذا تخللت
الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها او بشيء طرح فيها ولا يكره تخليلها اي قال القدوري في مختصره
قال محمد في الاصل بلغنا عن ابراهيم انه كان يقول في الرجل المسلم يكون عنده الخمر قال لا باس بان يصنعها خلا
قال محمد وبه نقول لا باس بتخليل الخمر بان يلقى فيها خلا او ملحا او يحملها الى الشمس حتى يتخلل وقال شيخ الاسلام
خواهر زاده في شرح كتاب الاشربة وقال الشافعي بانه اذا القي فيه خل او ملح فصار خلا فانه لا يحل قولا
واحدا وان نقلها الى الشمس حتى يتخلل ففيه قولان قال في قول لا يحل وفي قول يحل واجمعوا على انها
اذا تخللت بنفسها من غير معالجة يحل كذا ذكره خواهر زاده واحتج الشافعي بما روى المزني في كتاب العلل
ان ابا طلحة كان في حجره يتامى فاشترى لهم خمرا فنزل تحريم الخمر فسال رسول الله عن ذلك وقال افاخللها
قال لا ولكن اراقها قال المزني فلو كان التخليل حلالا لما امره النبي صلى الله عليه وسلم بالاراقة بل امره
بالتخليل خصوصا اذا كان الخمر لليتامى ولان الله تعالى امر باجتناب الخمر وفي تخليلها اقترابها ومسها
فلا يجوز ولنا ما روى جابر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه سال اهله الادام فقالوا ما عندنا الا الخل
فدعى به فجعل ياكل به ويقول نعم الادام الخل رواه احمد ومسلم ورواه ابو داود ايضا في كتاب
الاطعمة من السنن والحديث عام يتناول كل ما ينطلق عليه اسم الخل ولان التخليل اصلاح الفاسد
يوجب ان يكون مشروعا كدباغة جلد الميتة فذاك جابر بالحديث فكذا هذا انما يتعلق بها الا يرى ان
مسلما روى باسناده في صحيحه الى ابن عباس قال تصدق على مولاة لميمونة بشاة فمر بها رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال هلا اخذتم اهابها فدبغتموه فانتفعتم به فقالوا انها ميتة فقال انما حرم اكلها
وقد ذكرنا في كتاب الصلاة وانما قلنا ان التخليل اصلاح الفاسد لان به تكون العين صالحة للمصالح
كتسكين الصفراء وكسر الشهوة والايتدام به والاصلاح مباح كالدباغ والجواب عن حديث ابي طلحة
فنقول انما امره النبي صلى الله عليه وسلم بالاراقة قلعا وقطعا لهم عما كانوا الفوا وتعادوا
على ذلك لانه كان في ابتداء تحريم الخمر فلم يامن النبي صلى الله عليه وسلم من ان يشربوها اذا لم يريقوها
فامر بالاراقة حسما لمادة الفساد وهذا كما نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الانتباذ في الاوعية
ثم لما حصل لهم الفطام عن المسكرات رخص لهم في جميع الاوعية ولانا ان اقتراب الخمر لا يجوز مطلقا
وانما لا يجوز اذا كان بقصد الفساد فاما الاقتراب لاعدام الفساد فلا نم انه لا يجوز ولهذا
يجوز اراقة الخمر بالاجماع وفي الاراقة اقترابها لا محالة فعلم ان ما قاله الخصم ضعيف فاذا كانت

الاراقة جايزة لانها اعدام المفسد فالتخليل اولى لانه اعدام المفسد وصيانة العين عن التلف
وهذا لانه لما الحق فيه الملح بصيرة ذلك وسيلة الى ان يزول من العين في ثاني الحال صفة الخمرية فيزول
الفساد عن العين لا محالة **قوله** في الذي اي في الزمان التالي **قوله** متخاره من ابتلى به اي يختار
التخليل على الاراقة لاحراز المال من ابتلى بالخمر كما اذا ورث خمرا مثلا **قوله** فاما اعلاه اي اعلا الاناء
وهو الذي نقص منه الخمر قيل يطهر وقيل لا يطهر من بيان ذلك مثل هذه المسئلة **قوله** قال ويكره شرب
دردي الخمر والامتشاط به اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة قال
يكره دردي الخمر ان يشرب وان تمتشط به المراة ولا يحد الحد على من شربه الا ان يسكر فيحد الى هنا
لفظ محمد في اصل الجامع الصغير اما حرمته فلانه من اجزاء الخمر ولا يجوز الامتشاط به لان الانتفاع
بالخمر او باجزائه حرام ولا يجوز الانتفاع بالحرام بوجه من الوجوه وهذا لان الخمر واجب الاجتناب
فلا يجوز اقترابه وانما لم يجب الحد على شاربه لانه ناقص لانه قد وقع الطباع تنفر عنه والنقصان
يورث الشبهة والحدود تندرئ بالشبهات فصار كسائر الاشربة من غير الخمر ونقصانه فوق
نقصان سائر الاشربة ولهذا لا يجتمع عليه الفساق بخلاف ما اذا اسكر منه حيث يجب الحد لان الحد يتعلق
بالكامل سواء في السكر واما حرمة الامتشاط به فلانه تأثيرا في تحسين الشعر ودردي الزيت وغيره
ثفله وهو ما يبقى في اسفله قال محمد في الاصل ارايت دردي الخمر اكره شربه قال نعم لانه فيه
بعض اجزاء الخمر فيصير شاربا مع غيره وهو الثفل فيكره ولا حد عليه لان اجزاء الثفل غالب على الخمر
فيصير الخمر كالمستهلك به واذا كانت الغلبة للثفل كان هذا اكلا لا شاربا قال فهل يكره ان ينتفع
بشيء منه قال لا لانه يصير منتفعا باجزاء الخمر قلت وان جعل في خل قال لا باس به لان ما فيه من
اجزاء الخمر يصير خلا ولا باس بتخليل الخمر قال شيخ الاسلام خواهر زاده قال لو ان رجلا حمل
الخل الى الخمر او حمل الخمر الى الخل كيلا يصير حاملا النجاسة من غير حاجة ونظير هذا ما قال لو ان المينة
لا باس ان يدعو الكلاب الى المينة ولا يحمل المينة الى الكلاب وكذلك قال لو ان مسلما له اب نصراني
اعمى وهو مسلم لا باس بان يقوده من البيعة الى المنزل ولا يجوز له ان يقوده من المنزل الى البيعة
لان في ذلك اعانة على المعصية فكذلك هذا **قوله** او دبر دابة هو مصدر قولهم دبر ظهر الدابة
دبرا وهو معروف **قوله** ولا ان يسقي ذميا قال في الاصل اكره للمسلم ان يسقي الذمي خمرا او يسكره
قال نعم لان هذا تصرف من المسلم في الخمر لا على سبيل التطهير فلا يجوز ولانه اعانة على المعصية قال
تعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان وقال في الاصل ايضا اكره ان يسقي الدواب الخمر قال نعم

انتفاع بالخمر وهو حرام قال الفقيه ابو جعفر انما يكره اذا حملت الخمر الى الدواب فاما اذا حمل الدواب
الى الخمر فلا باس بذلك قياسا على المينة تحمل الى الكلاب يكره واذا دعيت الكلاب اليها فلا باس بذلك قال
ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها في الاحليل ذكره تفريعا في مسئلة الجامع الصغير قال في الاصل اكره
للرجل ان يحتقن بالخمر قال نعم لانه انتفاع بالخمر والانتفاع بالخمر حرام ولا يحد لان الحد متعلق بالشرب
والشرب وجد معنى لان الخمر وصل الى الجوف ولم يوجد الاسم وهو ادخال المشروب من الفم ولهذا
قلنا ان الصائم اذا احتقن في رمضان متعمدا من غير عذر فانه يفسد صومه ولا كفارة عليه
لوجود الاكل والشرب معنى بالحقنة ولم يوجد اسما ولو اقطر في احليله فانه يكره لما ذكرنا انه انتفاع
بالخمر ولا يحد عندهم جميعا اما عند ابي حنيفة وهو قول محمد في بعض الروايات فلا اشكال لانه لم
يوجد الشرب اسما ولا معنى لان المثانة حايل بين الاحليل وبين الجوف ولهذا قالا لا يوجب فساد
الصوم وعند ابي يوسف وهو قول محمد في بعض الروايات وان وجد المعنى حتى قالا يفسد الصوم
لم يوجد الاسم فلا يجب الحد كما في الحقنة ثم الصائم اذا احتقن في رمضان فسد صومه عندهم
جميعا واما اذا اقطر في احليله قال ابو حنيفة بانه لا يفسد الصوم وقال ابو يوسف يفسد صومه
ومحمد مضطرب في المسئلة عرفت في كتاب الصوم وقال في الاصل ارايت المرق يصنع فيه الخمر
اترخص في اكله قال لا لان هذه مرقة تنجست فلا يباح تناولها قياسا على ما صب عليه بول وهل
يجب الحد اذا حساه قال لا اذا اكل ما لم يسكر لان الحد انما يجب باحد الامرين اما بشرب الخمر او
بالسكر مما سوى الخمر ولم يوجد شرب الخمر لان الخمر هو الني من ماء العنب وهذا طبخ فلو لم يطبخ
يعتبر الغالب والمغلوب كما لو مزج الخمر بالماء قال شيخ الاسلام في شرحه وهذه المسئلة تدل على ان
الخمر اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه انه لا يجب الحد بشربه ما لم يسكر لانه بعد الطبخ لم يبق خمرا **قوله**
ويكره اكل خبز عجن عجينه بالخمر ذكره تفريعا ايضا قال في الاصل ارايت الخمر يعجن بها الدقيق
ثم يخبزه قال اكره ذلك لانه خبز خبيث فلا يوكل كما لو عجن بالبول وكذلك ان لت به السويق

فصل في كيفية طبخ العصير لما ذكر فيما تقدم ان العصير لا يحل ما لم يذهب ثلثاه شرع
بذكر كيفية طبخ العصير الى ان يذهب ثلثاه ثم اعلم ان ما في هذا الفصل ليس بمذكور في الجامع
الصغير ومختصر القدوري وقد ذكره تفريعا على ما ذكر قبل هذا وانما هو مذكور في المبسوط وقال محمد
في الاصل عشرة دوارق عصير تصب في قدر فتطبخ فتغلي وتقذف بالزبد فيجعل يأخذ ذلك الزبد
حتى يجمع من ذلك الزبد قدر دورق ثم يطبخ الباقي بعد ذلك حتى يحل قال يطبخ الباقي حتى يبقى

ثمانية دوارق وهو ثلث الباقي بعد الدورق الذي اخذ منه وذلك لان ما اخذ من الدورق لا بد
يجعل كانه لم يكن لان الزبد ليس بعصير واذا لم يكن الزبد عصيرا لا يعتبر فلو كان صب فيه دورق
من ماء لو كان كذلك لا يعتبر الماء وانما يعتبر العصير وهو تسعة دوارق فكذلك هذا وان اخذ من
الزبد دورقين يطبخه حتى يذهب ثلثا الباقي وذلك خمسة وثلث ويبقى دورقان وثلثا لان ما خرج
من الزبد يجعل كانه لم يكن لما بينا فصار كانه لم يصب في القدر من العصير الا ثمانية دوارق وثلثاه
وخمسة وثلث والاصل هنا ان ما ذهب من العصير بالغليان يكون معتبرا وما اخذ من الزبد لا يعتبر
وقال في الاصل ايضا قال ابو يوسف ومحمد في رجل صب في قدر عشرة دوارق عصير وعشرين دورقا ماء
ان كان الماء يذهب قبل العصير يطبخه حتى يرد الى التسع وهو ثلث العصير لانه اذا ذهب الماء اولا
بقي عصير لا ماء فيه فيطبخ حتى يذهب ثلثاه فقد ذهب مرة ستة ومرة اثنان وذلك ثمانية عشر
وبقي واحد وهو تسع الكل وهو في الحاصل ثلاثة دوارق وهي ثلث ما قال وان كان الماء والعصير يذهبان
معا طبخه حتى يذهب الثلثان لان الباقي ثلث الماء وثلث العصير وقد ذهب الحرام من العصير
وهو الثلثان وبيانه فيما قال شيخ الاسلام وهو ان يطبخ حتى يذهب ثلثاه عشرون ويبقى
ثلثه وهو عشرة لانه متى بقي عشرة كان ثلثاها ماء وثلثه عصيرا اذا كانا يذهبان معا فيكون ثلث
العصير ثلاثة وثلث وقد كان العصير عشرة وقد عاد العصير الى الثلث فحل وقال شيخ الاسلام ثم
وكان محمد اعلم ان العصير على نوعين منه ما يوصف بالآنية وطبخ يذهب الماء اولا ومنه ما اذا صب
الماء يذهبان معا ففصل الجواب تفصيلا فحاصل الجواب ان الماء متى كان اسرع ذهابا فانه يطبخ
حتى يبقى ثلث العصير وان كانا يذهبان معا فانه يطبخ حتى يبقى ثلث الكل ثم اعلم ان القدر التي
يطبخ فيها العصير ينبغي ان تكون قدرا ابا غدرها مسطحة غير متقعرة وجدارها المحيط بها
مستديرا في ارتفاعه على الاستقامة وارتفاعها معلوم ثلاثة اقسام مثلا وبه فتمثلا
وتطبخ الى ان يذهب ثلثاه ويرجع الباقي في المقدار الى العلامة السفلى على قدر الثلث كما قال
بعض الحساب في كتابه والدورق مكيال للشراب قال في الجمهرة وهو اعجمي معرب **قوله**
في الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة اي فيما اذا ذهب الماء اولا وهذا حاصل الجواب من قبل هنا
قوله وفي الوجه الثاني اي فيما اذا كان يذهب الماء والعصير معا **قوله** لا مثلثا اي لان الباقي ثلث الماء وثلث
العصير **قوله** والغلي بدفعة ودفعات سواء اذا حصل قبل ان يصير محرما اي حصل الغلي قبل ان يصير العصير محرما
قال في الاصل واذا طبخ الرجل عصيرا حتى يذهب ثلثه وبقي ثلثاه ثم تركه حتى برد ثم اعاده الى الطبخ

حتى يذهب نصف ما بقي فان كان اعاده عليه قبل ان يغلي ويتغير عن حالة العصير فلا باس به لان الطبخ
وجد في حالة الحلاوة وان كان بعد ما تغير عن حالة العصير وغلا فلا خير فيه لان الطبخ وجد بعد ثبوت الحرمة
قوله ولو قطع عنه النار فغلى حتى ذهب الثلثان يحل قال في الاصل واذا طبخ الرجل عصيرا حتى يذهب
ثلاثة اخماسه وبقي خمساه ثم قطع عنه النار فلم يبرد حتى نقص منه تمام الثلثين وبقي الثلث فلا باس بذلك
لان ما ذهب بعد قطع النار ذهب بحرارة النار فهو وما لو صار مثلثا والنار تحته سواء **قوله** والاصل
ان العصير لما طبخ فذهب بعضه ثم اهريق بعضه كم يطبخ البقية والاصل الاول الذي ذكره في بيان
ان ما ذهب بالزبد لا يعتبر والاصل الثاني فيما اذا صب فيه الماء فان كان الماء اسرع ذهابا يطبخ حتى يذهب
ثلثا العصير وان كانا يذهبان معا يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل وبيان ذكرهما وهذا الاصل في بيان معرفة
قدر طبخ البقية بعد اراقة البعض بعدما ذهب بعضه بالطبخ وطريق ذلك ان يضرب ثلث الجميع
في الباقي بعد الاراقة فيقسم الحاصل على الباقي بعد ما ذهب بالطبخ قبل الاراقة فالخارج من القسمة هو الحلال
بيانه فيما قال في الاصل في رجل طبخ عشرة ارطال عصير فلما ذهب منه رطل بالطبخ اراق منه ثلاثة ارطال
ثم اراد ان يطبخ البقية كم يطبخ قال يطبخ حتى يبقى رطلان وتسعا رطل لانك تاخذ ثلث الجميع وذلك
ثلاثة وثلث وتضرب في ستة وهي البقية بعد الغليان والاراقة فيصير عشرين وهو ظاهر
ثم تقسم العشرين على الباقي بعد الغليان قبل الاراقة وذلك تسعة فيخرج رطلان وتسعا رطل وهذا هو
ايضا بهذا المقدار هو الذي يجب ان ينتهي الطبخ اليه وهو ثلث ما بقي بعد الغليان والاراقة وهذه
طريقة الحشو وطريق اخر ان يعتبر الرطل الذي ذهب بالطبخ كانه في الباقي لانه دخل في اجزاء الباقي
ولم يرتفع منه والباقي بعد الغليان وان كان تسعة ارطال من حيث الصورة وفي الاعين فهو من
حيث الحقيقة عشرة ارطال فانقسم الرطل العاشر على تسعة ارطال فصار مع كل رطل من التسعة الباقية
تسع رطل من حيث المعنى فاذا اهراق ثلاثة ارطال فقد فات ثلاثة ارطال وثلاثة اتساع رطل
وبقي ستة ارطال وستة اتساع رطل فينبغي ان يطبخ الباقي حتى يرد الى الثلث وثلثه رطلان وتسعا رطل
فالرطلان ثلث ستة ارطال والتسعان ثلث ستة اتساع وان كان ذهب رطلان بالغليان
وبقي ثمانية ارطال ثم اراق منه رطلان كم يطبخ حتى يرد الى الثلث وبقي الثلث قال يطبخه
حتى يرد الى ثلاثة ارطال ونصف رطل ومثل رطلان ونصف رطل لانك تاخذ ثلث الجميع وذلك
ثلاثة وثلث فتضربه في الباقي بعد الغليان والاراقة وذلك ستة فيصير عشرين ثم تقسم العشرين
على الباقي بعد الغليان قبل الاراقة وذلك ثمانية يخرج رطلان ونصف رطل فهذا المقدار هو الذي

يجب ان ينتهي الطبخ اليه بعد الغليان والاراقة وهو الثلث وعلى الطريقة الاخرى يعتبر ما ذهب من الرطلين
بالغليان فانما يبقى الباقي في قصاراه كل رطل من اثني عشر رطلا وربع فاذا اراق رطلين فقد مات
رطلان وربع رطل وربع رطل ونصف رطل وبقي ستة ارطال وستة ارباع رطل في المعنى فيطبخ حتى
يبقى ثلث ذلك وهو رطلان ونصف رطل لان الرطلين ثلث ستة ارطال والربعان ثلث ستة ارباع
وهما نصف رطل وان طبخ حتى ذهب منه بالغليان خمسة ارطال وبقي خمسة ارطال ثم جاء رجل واخذ منه رطلا
وبقي اربعة كم يطبخ حتى يذهب الثلثان ويبقى الثلث فالسبيل ان يطبخه حتى يبقى رطلان وثلاثة اخماس وثلث
خمس رطل وان شئت قلت حتى يبقى رطلان وثلثا رطل لان ذلك تضرب ثلث الجملة وهي ثلاثة وثلث
في الباقي بعد الاراقة وهي اربعة فيكون ثلاثة عشر وثلثا لان الثلاثة في الاربعة اثنا عشر والثلث
في الاربعة سهم وثلث سهم فيقسم ثلاثة عشر وثلثا على الباقي بعد الغليان قبل الاراقة وذلك خمسة يخرج
من القسمة رطلان وثلاثة اخماس رطل وثلث خمس رطل لان العشرة اذا قسمت على الخمسة يخرج سهمان
والثلاثة اذا قسمت على الخمسة يخرج ثلاثة اخماس والثلث اذا قسم على الخمسة يخرج ثلث خمس رطل
لانك تضرب الصحاح وهي الخمسة في مخرج الكسر وهي ثلاثة يصير خمسة عشر ثم تقسم عليه الكسر وهو الثلث
يخرج ثلث الخمس ثم ثلاثة اخماس الشيء وثلث خمسه يساوي مع ثلثي الشيء الاخرى اثني عشر من خمسة عشر
ثلثاه وهي ثلاثة اخماس وثلث خمس لان ثلاثة اخماس تسعة وثلث خمس واحد فافهم وعلى الطريقة
الاخرى نقول يعتبر ما ذهب بالطبخ ثانيا لانه لم يرفع منه وانما دخل في اجزاء الباقي من حيث الصورة
خمسة ارطال ولكن من حيث المعنى عشرة ارطال فيعتبر كل رطل رطلين فاذا اخذ منه رطلا فكانه
رطلان من حيث المعنى وبقي ثمانية من حيث المعنى فيطبخ حتى يبقى الثلث وهو رطلان وثلثا
رطل لان ثلث الستة رطلان وثلث الاثنين ثلثان فافهم ان شاء الله وقد اوضحناه بحمد الله

قوله ولهذا طريق اخر اشار بذلك الى ما بينا من الطريقة الاخرى غير طريقة الحشو
والله اعلم هذا اخر الدفتر الثاني عشر من الشرح الذي سميناه غاية البيان في شرح الهداية فرغ منه
مؤلفه العبد الضعيف الفقير الى الله تعالى قوام الدين ابو حنيفة امير كاتب بن امير عمر العميد المدعو
بقوام الفارابي الاتقاني وكان الفراغ يوم السبت الثالث من شهر ربيع الاخر من سنة خمس واربعين
وسبعمائة بمجرد ادنى المحلة المعزية

كتاب الصيد

مناسبة كتاب الصيد
بكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد من المباحات التي تورث السرور
والنشاط في الادمي الا ان السرور في الاشربة المباحة اكثر لانه يدخل بامتزاجه الباطن والسرور

في الصيد

في الصيد بامر خارج فكان الاول اقوى فصار بالتقدم اولى ثم اعلم ان الاصطياد مشروع بالكتاب
والسنة واجماع الامة وضرب من المعقول اما الكتاب فقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وقوله
تعالى احل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما مد التحريم
الى غاية فاقتضى الاباحة فيما وراء تلك الغاية وقوله تعالى يسألونك ماذا احل لهم قل احل لكم الطيبات
وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله واما السنة فما روي عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال لعدي بن حاتم اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل
وان شارك كلبك كلب اخر فلا تاكل واما الاجماع فلان الصحابة والتابعين كانوا يتصيدون
من غير نكير من احد فكان ذلك اجماعا واما المعقول فلانه نوع من الاكتساب وانتفاع بما هو
مباح فكان مشروعا كسائر اسباب الملك كالاحتطاب والاحتشاش ثم الاصطياد لا يتاتى الا بالة
والالة تنقسم على قسمين حيوان وجماد فالجماد مثل السيف والرمح والشبكة والمعراض والنشاب
وما اشبه ذلك والحيوان مثل البازي والصقر والفهد والكلب ونحو ذلك فاذا استعمل هذه الالات
كان الاصطياد مضافا اليه لانه هو الحيوان الحامل عليه وانما تصير هذه الحيوانات الة له اذا جرت
على موجب اختياره وتصرفت بتصريفه وذلك بالتعليم والتعليم ليس هو الا ان يكلفها ترك عادتها
فتنقاد له بالرياضة ثم قد يختلف ذلك باختلاف الحيوانات فان حد التعلم في الكلب والفهد خلاف
حد التعليم في البازي والصقر لان حد التعلم في الكلب ان يجيبك اذا دعوته وينزجر اذا
زجرته ويترك الصيد اذا اشليته وان لا ياكل منه وحد التعلم في البازي والصقر ان يتبع
اذا ارسلته وينزجر اذا زجرته ويجيبك اذا دعوته ولا يشترط فيه ان لا ياكل وانما كان كذلك
لانه حيوان متنفر فاذا ترك التنفر والف الادمي فقد ترك عادته فحكم بتعليمه بخلاف الكلب
لانه حيوان الوف من عادته الاصطياد وانما يحكم بكونه تاركا لعادته اذا امسك على
صاحبه ولم ياكله والثاني ان بنية الكلب والفهد تحتمل الضرب فيضرب الى ان يترك الاكل ولا كذلك
البازي والصقر لان بنيته لا تحتمل الضرب فلا يمكن تعليمه اكثر من هذا فاقتصرنا عليه وانما
يحكم بالحل على ما اصطاده اذا جرحه لان الجرح معتبر للفصل بين الطاهر والنجس الا انه شرط
في جميع العروق في موضع الاختيار لانه ابلغ في الفصل واكتفي باصل الجرح في موضع الاضطرار
قوله الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصاد يعني ان الصيد مصدر بمعنى الاصطياد
وهو اخذ الصيد كالاحتطاب وهو اخذ الحطب ثم يراد به ما يصاد مجازا اطلاقا لاسم
المصدر على المفعول وهو الممتنع المتوحش من الادمي باصل الخلقة ماكولا كان او غير ماكول
وانما يحل الصيد على ما قال في الخلاصة بخمسة عشر شرطا خمسة في الصياد وهي ان يكون من اهل

الذكوة وان لا يترك التسمية عامداً وان لا يشركه في الارسال من لا يحل صيده وان لا يذهب على سنن الارسال
وان لا يشتغل بين الارسال والاخذ بعمل اخر ومنع في الكلب منها ان يكون معلماً وان لا ياكل منه وحبسه في الصيد منها
وان لا يشاركه في الاخذ ما لا يحل صيده وان يقتله جرحا وان لا يكون من بنات الما سوى
السمك وان يمنع نفسه بجناحيه او بقوايمه وان لا يكون من الحشرات وان لا يكون متعوياً بانيابه او بمخلبه
ان لا يكون متعوياً بانيابه او بمخلبه وان لا يموت بهذا قبل ان يوصل الى ذبحه قوله لذلك
اي لا انتفاع قوله وفيه استبقاء المكلف وتمكنه من اقامة التكاليف اي في الانتفاع بالشي المحلول
للانتفاع استبقا المكلف لانه لولم ينتفع بما فيه نفعه يهلك ولا يتمكن من اقامة التكليف
فعلنا باباحة الاصطياد حتى يحصل له الانتفاع الذي به بقاوه وتمكنه من اقامة ما اوجبه
الله عليه **فصل في الجوارح** ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي وساير
الجوارح المعلمة اي قال القدوري في مختصره وقال في الجامع الصغير وكل شي علمته من ذي
ناب من السباع او ذي مخلب من الطير فعلم فلا باس بصيده وما سوى ذلك فلا خير فيه
والاصل فيه قوله تعالى يسالونك ماذا احل لهم قل احل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح
مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله فكلوا مما امسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه والجوارح
الكواسب للصيد والسباع كلها جوارح نبيتا ول بعمومه جميع ذي ناب من السباع وجميع
ذي مخلب من الطير فيجوز اصطياد جميع ذلك اذا كان معلما وقال عليه السلام لعدي بن حاتم
اذا ارسلت كلبك والكلب اسم عام للسباع الا يرى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
في عتبة بن ابي لهب اللهم سلط عليه كلبا من كلابك فسلط الله عليه الاسد فقتله ومعنى
حقيقة هذا الاسم موجود في الكل فكان عاما بطريق الحقيقة وعن ابي يوسف انه استثنى
من هذه الجملة الاسد والدب اما الاسد فلعلو همته قل ما يعمل لغيره واما الدب فلخساسته خسته
قلما يعمل لغيره وقال فخر الاسلام وقد ذكر في الكتاب علمته فعلم وذلك يدل على هذا
الاستثناء قال وما سوى ذلك فلا خير فيه الا ان تدرك ذكوته فتذكيه يريد به ان
غير المعلم من السباع والطيور اذا اخذ صيدا او قتله لا يحل اكله الا اذا ادرك ذكوته
لقوله تعالى الا ما ذكيتم وقوله تعالى ماذا مبتدا واحل لهم خبره ومعناه ماذا احل
لهم من المطاعم فقيل احل لكم الطيبات اي ما ليس بخبيث منها وهو كلما يات تحريمه في كتاب
او سنة او قياس مجتهد وما علمتم من الجوارح عطف على الطيبات اي وصيد ما علمتم

فحذف المضاف والجوارح والكواسب من سباع البهايم والطير كالكلب والفهد والنمر والعقاب
والصقر والباز والشاهين والمكلب مؤدب الجوارح ومضريها بالصيد لصاحبها ورايضها لذلك
بما علم من الحيل وطرق التاديب والتثقيف واشتقاقه من الكلب لان التاديب اكثر ما يكون
في الكلاب فاشتق من لفظه لكثرته في جنسه ولان السبع يسمى كلبا ومنه قوله عليه السلام اللهم
سلط عليه كلبا من كلابك فاكله الاسد او من الكلب الذي بمعنى الضراوة يقال هو كلب
بكذا اذا كان ضاريا به كذا في الكشاف وجملة القول هنا ما ذكره القدوري في شرحه لمختصر
الكرخي وهو ان الاصطياد بالجوارح والسهام والالات مباح كقوله تعالى وما علمتم من
الجوارح مكلبين وقوله عليه السلام اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل
والاصطياد مباح فيما يحل اكله وفيما لا يحل فما حل اكله فصيده للاكل وما لم يحل اكله فصيده
لغرض اخر اما للانتفاع بجلده او بشعره او لدفع اذيته والشرايط التي يستباح بها صيد الجوارح
سبع شرايط ان يكون الجارح معلما وان يكون ذا جارحة غير محرم العين والارسال من مسلم
او كتابي يعقل الارسال والتسمية في حال الارسال اذا كان ذاكرا لها وان يجرحه الكلب او البازي
وان يلحقه المرسل او من يقوم مقامه قبل انقطاع الطلب او التواري عنه اذا لم يدرك ذبحه
فاما كون الجارح معلما فلقوله تعالى تعلمونهن مما علمكم الله وقوله عليه السلام اذا ارسلت
كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وذكر الارسال ولان الارسال جعل بمنزلة الذكوة
فلهذا اعتبر عنده التسمية ولا بد من وجوده واما كون المرسل من اهل الذكاة وهو ان
يكون مسلما او كتابيا يعقل الارسال والتسمية فلانه الارسال بمنزلة الذبح ولهذا اعتبر فيه
والتسمية في حال الارسال اذا كان ذاكرا لها وان شاركه كلب اخر فلا تاكل فلعل ذلك الكلب قتله
فجعل جواز قتل غير المعلم سببا للحظر فاولى ان يكون اليقين محرما واما كونه الالة من الجوارح اما بناب
او مخلب فلقوله تعالى وما علمتم من الجوارح قيل الجوارح الكواسب وقيل الجوارح التي تجرح ومنه
قوله تعالى ويعلم ما جرحتم بالنهار ويمكن حملها على معنى واحد لان الجارح هو الذي يجرح ويكتسب
بها وحمل الاية على ما له جارحة اولى لانه هو الذي يكتسب وهو ظاهر اللفظ فكان حمله عليه اولى
واما الارسال فلان النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله
عليه فكل وذكر الارسال ولان الارسال جعل بمنزلة الذكاة فلهذا اعتبر عنده التسمية
فلا بد من وجوده واما كون المرسل من اهل الذكاة وهو ان يكون مسلما او كتابيا يعقل

الارسال ويعرضه فلان الارسال بمنزلة الذبح ولهذا يعتبر منه التسمية فلا بد من شرايط الذبح واما
التسمية في حال الارسال فلذاكر فكلوا مما امسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه وفيه جوان
التسمية تتعلق بالارسال وقال النبي صلى الله عليه وسلم اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله
عليه فكل واما اعتبار الذاكر فلان الارسال لما كان كالذبح شرط منه التسمية مع الذكر على ما مر
في الذبح واما الجرح فهي الرواية المشهورة ان الكلب او البازي اذا لم يجرح لم يحل الاكل وقد روي
عن ابي حنيفة وابي يوسف ان الكلب اذا خنقه اكل والدليل على اعتبار الجرح قوله عليه السلام في
صيد المعراض اذا خزق فكل واذا اصاب بعرضه فلا ياكل فانه وقيذ ولان الكلب اذا
خنق الصيد دخل في عموم قوله تعالى والمنخنقة والموقوذة وجه الرواية الاخرى ان الكلب
قد يتوصل الى اخذ الصيد بالجرح وقد يتوصل بغيره فصار ذلك موسعا فيه كالجرح في غير
موضع الذبح واما اعتبار لحاقه قبل ان يتوارى او ينقطع طلبه فلقوله عليه السلام لعدي
حين ساله عن الرمية اذا وجدها بعد يوم او يومين فقال اذا وجدتها وفيها سهمك
وعلمت ان سهمك قتلها فكل ومتى توارى عنه وانقطع الطلب فلا يعلم انها ماتت من سهمه
وروي عن ابن عباس انه قال كل ما اصميت ودع ما انميت قال ابو يوسف الذي اصمى
ما مات وهو يشاهده في الحال والذي انمى ما غاب عنه فمات ولانه اذا لم يجد في طلبه
جاز ان يكون لو طلبه لادركه حيا فيخرج الجرح من ان يكون ذكاة وليس كذلك اذا لم يقعد
عن طلبه لانه لم يدركه حيا فيبقى الجرح ذكاة له كذا في شرح القدوري قوله والجوارح
الكواسب في تاويل وانما قيد به لانها في تاويل اخر هي التي تخرج من الجراحة وقوله والمكلبين
المسلطين اي مسلطين للجوارح على الصيد قوله والحديث به وبالارسال اي حديث عدي
بن حاتم ينطق باشتراط التعليم وبالارسال جميعا لانه قال له النبي صلى الله عليه وسلم اذا ارسلت
كلبك المعلم وذكر الارسال والتعليم جميعا قال الكرخي في اخر كتاب الصيد من مختصره قال
هشام سالت محمدا عن صيد ابن العرس فاخبرني ان ابا حنيفة قال اذا علم فتعلم فكل ما
صاد قال محمد ما كان له مخلب او ناب فصيد يوكل يعني اذا علم قال هشام سالت
محمدا عن الذيب اذا علم فصاد فقال هذا ارى انه لا يكون فان كان فلا باس به الى هنا
لفظ الكرخي وقال القدوري في شرحه قالوا في الاسد والذيب انه لا يجوز الصيد بهما وليس ذلك
لمعنى يعود الى عينهما وانما هو لفقد التعليم لانهم قالوا ان من عادتهما ان يمسكا صيدهما

ولا ياكله في الحال وانما يستدل على التعليم بترك الاكل فان صورة التعليم فيهما جاريا فاما
الخنزير فلا يكون الاصطياد به لانه محرم العين والانتفاع به محرم قوله قال وتعليم الكلب
ان يترك الاكل ثلاث مرات وتعليم البازي ان يرجع ويجيب اذا دعوته اي قال القدوري
في مختصره وقال ابو الحسن الكرخي في مختصره تعليم الكلب ان يرسل فيتبع الصيد فاذا اخذه
امسكه على صاحبه ولم ياكل منه شيا فاذا فعل ذلك فهو معلم وتعليم الجارح من الطير ان
يستجيب اذا دعي واذا ارسل على الصيد تبعه فاخذه فان اكل منه اكل صيده وهو معلم اذا
دعي فاستجاب وتبع الصيد اذا ارسل ولا يحتاج الى غير هذا وكان ابو حنيفة لا يحد في تعليمه شيا
ولا يوقته بوقت ولكن كان يقول اذا كان عالما فكل هذه رواية الاصل وقال بشر بن الوليد
عن ابي يوسف عن ابي حنيفة قال سالته ما حد التعليم قال ان يقول اهل العلم به انه معلم
وقال في المجرد عن ابي حنيفة لا ياكل اول ما يصيد ولا الثاني ثم كل الثالث وما بعده وهي رواية محمد
بن شجاع عن الحسن عن ابي حنيفة وقال في كتاب الاصل اذا اخذ الصيد فلم ياكل واخذ الاخر فلم ياكل
ثم صاد الثالث فلم ياكل فهو معلم والتعليم عندنا ان يرسل ثلث مرات كل ذلك يقتل الصيد
ولا ياكل منه وهذا قول ابي يوسف ومحمد الى هنا لفظ الكرخي في مختصره والاصل هنا ان صيد
الجارح لا يحل بدون التعليم لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح ثم التعليم في الاكل لانه ينص على ذلك
حتى يتعود ولا بد ان يحتمل ذلك بخلاف الطير فان بدنه لا يحتمل ذلك فكان الاكل منه عفوا الا ان
ابا حنيفة رجع في ذلك الى اهل الصنعة حيث لم يرد في ذلك نص لان المقادير لا تعرف قياسا ولم
يعتبر امساك الكلب عن اكل الصيد لان ذلك محتمل قد يكون ذلك للشبع وقد يكون للتعليم مفوض
الى راي من ابتلي به وهو الصايد كما ان في التعزير انه مفوض الى راي الامام وهو المبتلى
باقامة التعزير ولم يقدر في ذلك تقديرا ولان احوال الحيوان في قبول التعليم متفاوتة
كاحوال الادمي العاقل يختلف باختلاف الكياسة والبلادة فلا يمكن التحديد والحصر لانه لا ضابط
فيه نقلا في الحكم يكونه معلقا على ظهور امارة مغلبة على الظن فاذا ترك الاكل مرارا واجاب
الدعوة وغلب على ظن صاحبه انه قد صار عالما حل اكل صيده ولكن يشترط ان لا يبعد وانه
ما يجاوز هذه العادة فاذا اظهر خلافها تبين انها لم تكن ثابتة واما في الرواية الاخرى
فقد جعل تكرار الامساك دلالة على التعليم لان الامساك القليل كالمرة الواحدة لا يدل على
التعليم لجواز انه تركه للشبع او للحلم والامساك الكثير يدل على التعليم فقدرناه بالثلاث

الكلب [illegible]

لانها ادنى الجمع وما فوق ذلك لا نهاية له ولان الثلاث مدة ضربت للاختبار كما في مدة الخيار
وقال موسى للخضر عليهما السلام في المرة الثالثة ان سالتك عن شيء بعدها فلا تصاحبني وقال
تمتعوا في داركم ثلاثة ايام وقال تعالى في قصة زكريا قال آيتك ان لا تكلم الناس ثلاثة ايام الا
رمزا وروى ابو داود في اواخر السنن عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا استاذن
احدكم ثلاثا فلم يوذن له فليرجع رواه ابو موسى وقال العز في شرحه وروي عن عمر رضي الله عنه
انه قال من اتجر في شيء ثلاث مرات فلم يربح فليتحول الى غيره قوله وهو ماثور عن ابن عباس
وهو ما روى محمد في كتاب الآثار قال اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن سعيد بن جبير عن ابن عباس
قال اذا امسك عليك كلبك اذا كان معلما فكل فان اكل فلا تاكل منه فانما امسك على نفسه
واما الصقر والبازي فكل وان اكل فان تعليمه ان تجيبك اذا دعوته ولا تستطيع ضربه
حتى يدع الاكل قال محمد وبه ناخذ وهو قول ابي حنيفة الى هنا لفظ كتاب الآثار قوله
ولان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة الى اخره بيانه فيما قال شيخ الاسلام خواهرزاده
في شرحه وهو ان حقيقة التعليم والجهل في هذه الحيوانات باطن لا نقف عليه فلا بد من اقامة سبب
ظاهر يدل عليه مقام العلم والجهل حتى يبنى الاحكام فاقيم تبدل جميع العادة الاصلية لهذه
الحيوانات مقام العلم والجري على العادة الاصلية مقام الجهل وذلك في الكلب بترك الاكل
والامساك على صاحبه لا بالالف والاجابة لصاحبه داعيا ومرسلا لان الكلب الوف في الاصل
بحيث اذا دعي اجاب وصياد باخذ الصيد اذا اشلي فلا يثبت بالالف واجابة صاحبه تبدل
عادته الاصلية وانما يثبت بالالف والاجابة وبترك الاكل لان عادته في الاصل اكل ما ظفر
به فاذا ترك الاكل فقد ترك عادته الاصلية فقام مقام علمه واذا اكل فقد جرى على عادته
الاصلية فقام مقام الجهل وكان القياس في البازي ان لا يصير معلما ما لم تتبدل جميع عادته
الاصلية وذلك بالالف والاجابة لصاحبه داعيا ومرسلا وبترك الاكل لان العادة
الاصلية في البازي هذا وانه وحشي الاصل الا ان تعليمه بترك الاكل غير ممكن لانه لا يمكن
تعليمه بترك الاكل الا بالضرب حالة الاكل وانه غير ممكن في البازي فاكتفي بالالف
والاجابة لصاحبه داعيا ومرسلا وفي التهذيب امكن اعتبار الاكل فاعتبر الاكل شرطا
ليصير معلما وفي الكلب لم يمكن الا اعتبار ترك الاكل ليقام مقام علمه لان الالف والاجابة
منه ثابت قبل التعليم فاذا ترك الاكل كان معلما واذا اكل كان جاهلا قوله وعلى الرواية الاولى

عنده يحل ما اصطاده ثالثا اراد بالرواية الاولى رواية القدوري حيث شرط لتعليم الكلب
ان يترك الاكل ثلاث مرات يعني اذا اخذ صيدا فلم ياكل ثم اخذ ثانيا فلم ياكل يحل اكل الثالث
عند ابي حنيفة وعندهما لا يحل اكل الثالث ويحل ما بعده لان الكلب لا يصير معلما الا بترك الاكل
ثلاث مرات فما اصطاد بعد ذلك فهو صيد كلب معلم فيوكل وما كان قبل ذلك فهو صيد كلب
غير معلم فلا يوكل الا ترى ان سكوت المولى اذا راى عبده يبيع ويشتري اذن لعبده ولكن
ليس فيما باعه في تلك الحالة بل فيما بعده فكذا هنا ولابي حنيفة ان العلم يثبت بالمرة
الثالثة فيكون الصيد الثالث صيد كلب معلم فيوكل بخلاف مسئلة الماذون فان الاذن اعلام
للعبد ولا يحصل له علم الا بعد المباشرة وما باشره قبل العلم يكون تصرف محجور فلا ينفذ قوله
قال واذا ارسل كلبه المعلم او بازيه وذكر اسم الله عليه عند ارساله فاخذ الصيد وجرحه
ومات حل اكله اي قال القدوري في مختصره وانما شرط الارسال والتسمية لما روي في حديث
عدي رضي الله عنه قال له النبي صلى الله عليه وسلم اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه
فكل فقد شرط الارسال والتسمية جميعا ولان الارسال يقوم مقام الذكاة بدليل اعتبار التسمية
عنده فلا بد منه او نقول ان الكلب او البازي بعد التعليم صار آلة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة ما لم
يوجد من المالك استعمالها للذبح ولهذا لو انقلب الصيد او الشاة على سكين واصاب مذبحها
لا يحل لان الاستعمال لم يوجد فكذا ههنا ما لم يوجد استعمال الآلة بعد التعليم لا يحصل الاباحة
والاستعمال يحصل بالارسال وكان الارسال في الكلب كاستعمال السكين في الذبح ولهذا شرط التسمية
عند الارسال قوله وذلك منهما بالارسال اي الاستعمال في الكلب والبازي بالارسال وعلى
اشتراط التسمية يدل قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه والكلام
في اشتراط التسمية للحل مستوفى في اول كتاب الذبائح قوله ولو تركه ناسيا حل ايضا على
ما بيناه وحرمة متروك التسمية عامدا اي بينا في الذبائح ترك التسمية ناسيا وبينا ايضا
حرمة متروك التسمية عامدا في الذبائح قوله ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية قال شيخ الاسلام
خواهرزاده في شرح كتاب الصيد انما يوكل من صيد الكلب اذا امسكه على صاحبه وقتله
اذا حصل القتل بالجرح والعقر فاما اذا قتله صدما او خنقا او جثما حتى مات فانه لا يوكل منه
وان امسك على صاحبه وهو المذكور في الزيادات وهو قول الشافعي في الجديد وقال الشافعي
في القديم بانه يوكل وان قتله صدما او جثما والجرح ليس بشرط للاباحة عنده في قوله القديم

وقد روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة وابي يوسف في غير رواية الاصول مثل قول الشافعي
في القديم لقوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم وقد علق الاباحة بالامساك دون الجرح ولقوله
عليه السلام اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه ولم يشترط الجرح ولان الكلب
مما لا يمكن تعليمه كيفية القتل وما لا يمكن تعليمه يسقط اعتباره الا ترى ان الجرح في
في المذبح لما لم يمكن تعليمه سقط اعتباره للاباحة فكذا الجرح في موضع اخر وجه ظاهر قوله تعالى
وما علمتم من الجوارح بيانه انه تعالى اباح صيد حيوان معلم جارح فدل ان الجرح من هذه الآية
شرط اباحة الصيد والجواب عن حديث عدي فنقول انه لم يشترط الجرح ثمة فقد اشترط في حديث
اخر وهو قوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل وقوله بانه لا يمكن تعليمه كيفية
العمل قلنا الجرح مما لا يحتاج الى التعليم لانه جارح بطبعه لان الجرح منه ثابت باعتبار عادته الآلية
بخلاف الجرح في المذبح لانه لا يمكن تعليمه ذلك فانه لا يعرف المذبح فسقط اعتباره فاما اصل
الجرح ممكن اعتباره على ما عليه عادته في الاصل فلم يسقط اعتباره والدليل على اشتراط الجرح
قوله عليه السلام في صيد المعراض اذا خزق فكل واذا اصابه بعرضه فلا تاكل فانه وقيذ
وكذا الكلب اذا خنق دخل في عموم قوله تعالى والمنخنقة والموقوذة **قوله** اذ هو من الجرح
بمعنى الجراحة في تاويل يعني ان قوله تعالى من الجوارح فقيل هي الكواسب وقيل هي التي تجرح
فاذا كان كذلك قلنا لا منافاة بين الجرح والكسب فيحمل على معنى الجرح بمعنى الجراحة لان
الجارح يكسب بنابه او بمخلبه فيكسب فكان الحمل على هذا اولى لانه يتعين لدلالة ظاهر اللفظ عليه
فاقول على ما قالوا يلزم القول بعموم المشترك في موضع الاثبات وهو فاسد **قوله** وعن
ابي يوسف انه لا يشترط اي لا يشترط الجرح رجوعا الى التاويل الاول المراد به ما ذكر
في الفصل المتقدم والجوارح الكواسب **قوله** وجوابه ما قلنا المراد به قوله ولا ينافي اورع
وفيه اخذ باليقين قال في الاصل في اول باب صيد الكلب المعلم ارايت الكلب المعلم
يرسله الرجل ليأخذ الصيد فيقتله ايؤكل قال نعم قال خواهر زاده في شرحه شرط في
كتاب الصيد مطلق القتل للاباحة فانه قال فيقتله ولم يفصل بينهما اذا قتله الكلب بالعض
والجرح او الجثم والخنق وفصل الجواب في الزيادات تفصيلا فقال ان مات بالجرح
والعض حل وان مات بالجثم او الخنق من غير جرح فانه لا يحل ثم قال خواهر زاده من
مشايخنا من قال ليس في المسئلة اختلاف الروايتين لانه اوجز في الجواب هنا واوضح

في

في الزيادات ولا بد من الجرح للاباحة ثم قال خواهر زاده ومنهم من قال ما ذكر في الزيادات قول
محمد وما ذكر هنا قول ابي حنيفة وابي يوسف على ما روي عنهما في غير رواية الاصول انه يحل صيد الكلب
سواء حصل القتل بالجرح او بالجثم والخنق **قوله** فان اكل منه الكلب او الفهد لم يؤكل وان اكل منه
البازي اكل اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية والفرق فيه ما بيناه في دلالة التعليم
يعني ان التعليم شرط فيما يصاد به من الجوارح لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح والتعليم في الكلب
بترك الاكل وفي البازي بالاجابة وقد مر بيانه باتم الوجوه وقال صاحب الهداية وهو مؤيد بما
رويناه من حديث عدي لانه عليه السلام قال فيه وان اكل منه فلا تاكل ودل على اشتراط
ترك الاكل في التعليم قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم لانه اذا اكل منه امسك على نفسه لا على صاحبه
وقد روينا عن ابن عباس قبل هذا في كتاب [illegible] انه قال تعليم الكلب ان يترك الاكل وتعليم
البازي ان يجيبك اذا دعوته وقول الشافعي في القديم انه يؤكل من صيد الكلب وان اكل منه
وهو قول مالك وفي قوله الجديد وهو قولنا والمزني لا يؤكل متى اكل منه احتج مالك بما روي عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه قال لابي ثعلبة الخشني اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل
قال وان اكل منه قال نعم قال وان اكل منه قال نعم قال وان اكل منه قال نعم قاله ثلاث مرات
كذا ذكره خواهر زاده في شرحه وحديث مالك في الموطا انه بلغه ان سعد ابن ابي وقاص سئل عن الكلب
المعلم اذا اخذ ثم اكل فقال سعد كل وان لم يبق الا بضعة واحدة وقال خواهر زاده في شرحه
روي عن ابن عمر وابي هريرة وسعيد بن المسيب انهم قالوا يؤكل من صيد الكلب وان اكل منه والمعنى
في المسئلة ان هذا حيوان يصطاد به فلا يكون شرط ترك الاكل شرط التعليم قياسا على الصقر والبازي
وجوابه علم من قوله فكلوا مما امسكن عليكم ومن حديث عدي ومن المعنى المعقول الذي بيناه
في اية التعليم وقال خواهر زاده ايضا قول الشافعي في الجديد ان البازي وسائر طيور الوحش
اذا اكل من الصيد لا يؤكل كما في الكلب والفهد وهو محجوج بما روى محمد في الاصل عن سعيد بن جبير
عن ابن عباس انه قال في البازي يعلم الصيد فيأكل منه فقال كل وقال تعليم البازي ان تدعوه
فيجيبك ولا تستطيع ضربه حتى يترك الاكل وهذا قول روي عنهم ولم يعرف انه خالف فحل محل الاجماع **قوله**
ولو انه صاد صيودا ولم يأكل منها ثم اكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد ذكرها تفريعا على مسئلة المختصر
وهي من مسائل الاصل قال في الاصل ارأيت رجلا ارسل كلبه على صيد وهو معلم فاخذ صيدا فقتله
فاكل منه ثم اتبع اخر فاخذه فقتله قال لا يؤكل واحد منهما وذلك لان تناول الكلب من الصيد

انتهى مقام الجهل وصيد الكلب الجاهل لا يؤكل ولا يثبت علمه بعد ذلك الا بترك الاكل بعد الارسال
ثلاث مرات عندهما وعند ابي حنيفة لا يحكم بجهله ما لم يقع في رأي الصائد انه صار معلما بعد
التعليم ولم يوجد فاما ما اخذه من الصيد قبل ذلك هل يحل اجمعوا انه ما لم يحرزه المالك بان كان
بعد في مفازة لا يحل وفيما احرزه وجعله في بيته اختلفوا قال ابو حنيفة لا يحل اكله خلافا
لصاحبيه لهما ان الحكم بالاباحة فيما احرزه بالاجتهاد لان علم الكلب ثبت بالاجتهاد وما
ثبت بالاجتهاد لا ينتقض باجتهاد مثله كالقاضي اذا قضى في حادثة باجتهاد ثم حدث له اجتهاد
اخر في المستقبل فانه يعمل في المستقبل بالحادث ولا ينقض الماضي ولان اكل الكلب يجوز
ان يكون لعدم التعلم واما ترك الاكل فيما مضى للشبع لا للتعلم ويجوز ان يكون لفرط الجوع
ويجوز ان يكون للنسيان لان الكلب قد ينسى كما ينسى الادمي فلم يجز تحريم ما تقدم بالشك
الا انه عاد بعد الاكل الى حاله في الاصل فقلنا بالحرمة في المستقبل احتياطا بخلاف ما لم يحرزه
من الصيود حيث يحرم ذلك لان معنى الصيد به فيه باق من وجه ولو انه بعد في المفازة
ولابي حنيفة ان الموهوم تحقق بالحجة الاكل فهو لا كل ولم يوجد ظهور اجتهاد اخر لانه في
قبل القضاء فيه لا يبطل بالاجتهاد الاول نكون اعيننا بخلاف ما لو كان حاكما لانه حصل المقصود
من الاباحة ولان في سائر المجتهدات انما لم ينقض الاول بالثاني لانه يؤدي الى ما لا يتناهى
لانا متى حكمنا بعلمه في المستقبل لا يجب الحكم بالاباحة ما احرزه من الصيود وكلما فيما لم يحرزه
المالك وكان القياس فيما اكل كذلك الا ان الحكم بحرمة ما اكل متعذر لان الحكم بالحرمة
لا يتصور الا في محل قائم وقد فات المحل بالاكل والجواب عن قياسهما على نسيان الادمي فنقول
الادمي انما ينسى ما يعلمه ما طريقه الاستدلال والحفظ وتعليم الصيد من الصنائع المعروفة
التي تجري مجرى الحياكة ولا ينسى الامثال ما طريقه الضرورة بطول الترك بل يضعف فكذا
الكلب لا ينسى بل يضعف فاذا اكل دل على فقد التعليم لان المدة القصيرة لا ينسى بها واما
ترك الاكل فيما تقدم للشبع ولم يوكل واما اذا طالت المدة فيجوز ان يكون اكله للنسيان
فلا يستدل بذلك على فقد التعليم في الاصل فلذلك اكل قال القدوري في شرحه وظاهر الرواية
انه لا يؤكل بكل حال وذكر ان الاصطياد ليس بعلم مكتسب وانما هو من الصنائع وبذلك
ذلك لا ينسى وانما يضعف بالترك كالخياطة والري فاذا اكل الكلب علم انه لم يكن معلما الا مثل
ولو ان صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد لا يؤكل صيده ذكرها تفريعا ايضا

وهي

وهي من مسائل الاصل ارايت الصقر اذا فر من صاحبه وقد كان عالما فمكث حينا ثم صاد هل يؤكل
صيده قال لا لانه ترك ما صار به معلما فكذلك هذا وقال الحاكم الشهيد في الكافي واذا ارسل البازي
المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فاخذه وقتله قال لا باس باكله قال في شرح الكافي لان
هذا من عادته عليه ان ينتهز الفرصة حتى يمكنه الاصطياد فيصطاد فلا يعد ذلك فاصلا اي قاطعا
للارسال وفصل الولوالجي فيها وان الجواب فقال ان مكث طويلا للاستراحة حتى انقطع فور الارسال
لا يؤكل وان مكث قليلا مثل ساعة الكمين يؤكل لان بهذا القدر لا ينقطع فور الارسال كما في الكلب
اذا مكث طويلا ينقطع فور الارسال **قوله** ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه اكل ذكره
ايضا تفريعا قال في الاصل عن ابن عباس انه قال في الكلب يشرب من دم الصيد ولا يأكل من اللحم
قال لا باس باكله قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرحه فيه دليل ان ترك الاكل من الدم لا
يشترط ليصير معلما بخلاف ما يقوله بعض الناس اذا شرب من دم الصيد لا يؤكل لانه اكل من الصيد
ولنا حديث ابن عباس رضي الله عنه ولان شرب الدم وترك اللحم من غاية حذاقة الكلب وعلمه
فانه اكل ما لا يحتاج اليه المالك وترك عليه ما يحتاج اليه فاذا كان ذلك من غاية حذاقته وعلمه
لم يجز ان يجعل دليلا على الجهل **قوله** ولو اخذ الصيد من المعلم اي من الكلب المعلم ثم قطع منه قطعة
والقاها اليه فاكلها يؤكل ما بقي وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا وذلك لان الباقي صيد كلب
معلم لان علم الكلب انما يثبت بتركه الاكل من الصيد وقد ترك الاكل منه حال كونه صيدا وما اكله
خرج من ان يكون صيدا فالتحق بسائر اطعمة يناولها المالك وتناوله من سائر اطعمة المالك
لا يدل على جهله فكذا هذا **قوله** وكذا اذا وثب الكلب فاخذه منه واكل منه اي يؤكل ما بقي وهذه
ايضا من مسائل الاصل ذكرها تفريعا قال في الاصل قلت ارايت ان ادركه صاحبه مع الكلب وقد
قتله فاخذ منه فلما اخذه وثب الكلب واخذ الصيد من صاحبه فاكل منه هل يؤكل بقيته قال ان احرزه
صاحبه بان اخذه فلا باس باكله وان كان في موضعه ذلك لم يحرزه بان لم يأخذه المالك فانه يكره اكله
اما بعد الاحراز فان الصيد اسم لمتوحش غير محرز وقد زال التوحش بالاحراز وزال كونه غير
محرز بالاحراز فالتحق بالشاة ولو تناول من الشاة لا يحكم بجهله فكذا هذا الا انه لم يبق صيدا اصلا
بخلاف ما قبل الاحراز لانه لما اكل قبل اخذ صاحبه صار كانه اكل حالة الاصطياد فلا يؤكل **قوله**
ولو نهش الصيد فقطع منه بضعة فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل وهذه من
مسائل الاصل ايضا ذكرها تفريعا وذلك لان هذا من غاية جهله حيث لم يأكل وقت العمل لصاحبه وقد اكل بعد

الفراغ منه ولانه لو اكل من نفس الصيد في هذه الحالة دنى بعد امر الاصاحبه واجزاه
لم يضره فاذا اكل بعد امر الصاحبه ما بان من الصيد وهو لا يحل اولى ان لا يضره بخلاف الوجه
الاول وهو ما اكل البضعة حين قطعها لانه اكلها حالة الاصطياد فدل على جهله ولان نهس البضع
حيلة في الاصطياد ليضعف الصيد فكان من عادته حذاقته فلم يدل على جهله فيؤكل الصيد
وقال في الجمهرة والنهس اخذك الشي بمقدم فيك وهو من باب فعل بفتح العين في الماضي
والمستقبل جميعا قوله قال وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه وان ترك
تذكيته حتى مات لم يوكل اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية وكذا البازي
والسهم يعني اذا ارسل البازي على الصيد فجرحه او رماه بسهم ثم ادركه حيا ولم يذكه حتى مات
لا يوكل قال الشيخ ابو الحسن في مختصره وما بينت لك انه لا يوكل او يوكل فهو ما مات من فعل
الجارح او فعل المصطاد فاما ما قدر عليه حيا فانه لا يوكل في الوجهين جميعا حتى يذكى
فاذا ذكي حل وذلك راجع لقول الله تعالى والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما اكل السبع
الا ما ذكيتم فاذا ادرك من هذا وفيه حيوة فذكاه او ذبحه بعد ان يعلم انه حي فذكي
حل في قول اصحابنا جميعا فلا يعتبر كيف كان حالها بعد ان لا يكون فيها حيوة فتذكى فانها توكل
الى هنا لفظ الكرخي قال القدوري في شرحه والكلام في هذا اولا يقع في فصل وهو انه اذا قدر
على الصيد فمات قبل ان يقدر على ذبحه لضيق الوقت لم يوكل عندنا وقال ابو زياد ومحمد بن مقاتل
يوكل استحسانا وبه قال الشافعي وجه قولهم انه لما ثبت يده على الصيد زال معنى الامتناع وبطل
حكم الجرح فصار كالشاة اذا ادركها وقد مرضت فماتت في وقت لا يتسع لذبحها لم يوكل وجه الاستحسان
وهو اختيار ابن شجاع ان الذبح هو الاصل والجرح بدل عنه والبدل لعينه انما يسقط بالتمكن من استعمال
الاصل فاذا ثبتت يده على الصيد في وقت لا يقدر على ذبحه لم يثبت حكم الاصل في حقه فبقي حكم البدل وقد
قال اصحابنا في الصيد اذا ادركه فلم ياخذه فان كان في وقت لو اخذه امكنه ذبحه فلم ياخذه لم يوكل
لانه في حكم المقدور عليه ولا يمكن من ذبحه فاما قول ابي الحسن فاذا ذكي حل في قول اصحابنا جميعا
فهو صحيح لانه ان كان فيه حيوة مستقرة فقد خرج الجرح من ان يكون ذكاة وكان ذكاته الذبح فاذا ذبحه
حل وان لم يكن فيه حيوة مستقرة فعند ابي حنيفة ذكاته الذبح وقد ذبحه وعلى قولهما لا يحتاج الى
ذبح وهو مذكى بالجرح والذبح بعد ذلك لا يضره ثم قال الكرخي في مختصره وكذلك ما جرحه ذئب او سبع
فان كان الجرح الذي به لا يعيش من مثله الا قدر حيوة ما يعيش المذبوح فذكاه لم يوكل وان كان

يعيش

١٦٥

يعيش من مثله او بقي يوما او يومين فهو مثل الوقيذ والمتردي قال القدوري وهذا على ما قدمنا
من الخلاف عند ابي حنيفة يحل بالذبح اذا كانت الحيوة موجودة وان لم تكن مستقرة واعتبر ابو يوسف
ان تكون الجراحة مما يعيش من مثلها وحكي عنه اكثر اليوم وقال محمد اذا كان يعيش اكثر من بقاء المذبوح
ثم قال الكرخي في مختصره وما جرحه الفهد المعلم او الكلب فادركه صاحبه حيا فلم يذكه حتى
مات فانه على وجهين ان كانت الجراحة التي فيه لا يعيش من مثلها مثل ان يشق بطنه فيخرج ما فيه
او شبه ذلك فانه يوكل لان الكلب او الفهد قد ذكاه وكذلك لو وقع في ماء بعد ذلك فانه يوكل لا
يضره بعد ذلك شي لانه مذكى كالشاة تذبح ثم تضطرب فتقع في ماء لان هذه قد فرغ من ذكاتها
وكذلك جرح الصيد الذي لو مات قبل ان يقدر على ذكاته كان ذكيا فان ادركه حيا وبه من الجرح ما لا
يعيش الا قدر ما يعيش المذبوح فترك ذبحه لم يضره قال محمد بن الحسن في الجرح بهذا الحد فقال اذا
كان يعيش من مثله مقدار ما يعيش المذبوح اكل وان كان به يطول ذلك لم يوكل حتى يذكى الى هنا
لفظ الكرخي رحمه الله وقال في الاصل ارايت الرجل يدرك صيد الكلب فاخذه حيا فلا يذبحه حتى
يموت ايوكل قال لا قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرحه اجمعوا على ان الصيد اذا وقع في يده
وقد تمكن من ذبحه فلم يذبح الا انه لا يحل بذكوة الاضطرار لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود
باليد فسقط اعتبار البدل وبجعل وجوده وعدمه بمنزلة كالمتيمم اذا رأى الماء قبل الشروع في الصلوة
وذلك لان المقصود من البدل اباحة الاكل وانه غير ثابت قبل الموت فاما اذا وقع في يده وقد
بقي فيه من الحيوة اكثر مما يكون في المذبوح بعد الذبح الا انه لم يتمكن من ذبحه بان لم يكن معه آلة الذبح
ذكر في الكتاب انه لا يوكل وقد روي في غير رواية الاصول عن ابي حنيفة وابي يوسف انه يحل وهو
قول الشافعي وجه تلك الرواية ظاهر وهو انه لم يقدر على الاصل فلا يبطل حكم البدل قياسا على
المتيمم اذا وجد الماء ولم يقدر على الاستعمال وقياسا على ما لو بقي في الصيد من الحيوة قدر ما يكون
في المذبوح بعد الذبح فانه يحل الذبيح ودليله ما لو وقع في يده ميتا ووجه ظاهر الرواية انه قدر على
الاصل قبل حصول المقصود من البدل من حيث الحكم والاعتبار فيبطل حكم البدل قياسا على ما لو
تمكن من الذبح ولم يذبح وانما قلنا بانه قدر على الاصل من حيث الاعتبار لان الصيد وقع في يده حيا
فثبت يده على المذبح وقيام يده على المذبح قام مقام التمكن من الذبح لان اعتبار حقيقة التمكن
من الذبح غير ممكن لانه لا بد للتمكن من الذبح من تقدير مدة والناس يتفاوتون في مدة التمكن
من الذبح فمنهم من يتمكن من ساعة لطيفة ومنهم من لا يتمكن الا باكثر من ساعة على حسب

تفاوتهم في الكياسة والهداية في باب الذبح واذا كان مدة التمكن مما يختلف فيه الناس وجب
ينفق بمجرد ما من التفق برميه يتمكن فيها من الذبح من حيث الحقيقة ودليله الاهلي اذا وجده
المالك ولم يبق فيه من الحيوة مقدار ما يتمكن من ذكاته ذكاة الاختيار فانه لا يحل بذكوة
الاضطرار ويجعل قادرا على ذكاة الاختيار بسبب قيام يده عليه وان لم يتمكن منه
حقيقة فكذا هذا وان التقدير باعتبار حقيقة التمكن اقيم سبب التمكن وهو ثبات اليد
على الذبح مقام التمكن لان التمكن من الذبح انما يثبت باثبات اليد عليه كما اقيم السفر
مقام المشقة لان الناس يتفاوتون في لحوق المشقة فاقيم السفر وهو دليل المشقة مقامها
فدار الحكم معه وجدت المشقة او لم توجد فكذا ههنا قيام اليد على محل الذبح اقيم مقام التمكن
من الذبح لحصول القدرة على الاصل من حيث الاعتبار قبل حصول المقصود بالبدل لان المقصود
الاباحة ولم توجد قبل الموت وليس كما لو وقع في يده وهو ميت لانه لم يقدر على الاصل لا من حيث
الحقيقة ولا من حيث الاعتبار لان قيام اليد على محل الذبح انما يقام مقام التمكن من الذبح اذا كان
محل الذبح باقيا والميت ليس بمحل للذبح وليس كما لو بقي في المجروح من الحيوة قدر ما يكون في المذبوح
بعد الذبح الا انه لا يتمكن من الذبح بقدر ما فيه من الحيوة فانه لا يحل لانه وقع في يده وهو حي حقيقة
وحكما ووقع الصيد في يده وهو حي اقيم مقام التمكن من الذبح قوله وهذا اذا تمكن من ذبحه
اي الذي قلنا من عدم الاكل حتى اذا ادركه ولم يذكه فمات انما هو فيما اذا تمكن من ذبحه ولم
يذكه وقد مر بيانه قوله والميت ليس بمذبح اي ليس بمحل الذبح قوله اما اذا شق بطنه واخرج ما
فيه ثم وقع في يد صاحبه حل اي شق الكلب المعلم او الفهد المعلم بعد الارسال بطن الصيد فاخرج
ما فيه ثم وقع في يد صاحبه وهو حي فلم يذكه فمات حل وذلك لانه لا يتوهم بقاؤه بعد ذلك
وما بقي فيه اضطراب المذبوح فليس ذلك بمعتبر قال الكرخي في مختصره قال بشر عن ابي يوسف
اذا شق الكلب بطن الصيد فاخرج ما فيه فادركه صاحبه وبه رمق فليس عليه ان
يذكيه قال القدوري في شرحه وكان ابو بكر الرازي يقول يجب ان يكون قول ابي حنيفة خلاف ذلك
ويجب عنده الذبح في جميع الاحوال بناء على مسئلة المتردية واشار صاحب الهداية بقوله
وقيل هذا قولهما اي ما قال ابو بكر الرازي قوله هذا الذي ذكرنا اذا ترك التذكية اي الذي
ذكرنا بانه لا يؤكل عند ابي حنيفة ايضا قوله وعليه الفتوى اي على حل الاكل اذا ذكى الصيد وفيه
حيوة في جميع الاحوال وهو قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف لا يحل وان ذكى المتردية او النطيحة

او الموقوذة او الذي بقر الذئب بطنه اذا كان الصيد بحال لا يعيش مثله لان موته ليس بالذبح
وعند محمد يحل بالتذكية اذا كان بحال يعيش فوق ما يعيش المذبوح لانه حينئذ يكون موته بالذبح
وان لم يكن يعيش اكثر ما يعيش المذبوح لا يحل بالذبح لانه لا تعتبر تلك الحيوة على ما فيها من الاشارة
الي قوله لانه ميت حكما قوله وعند ابي حنيفة ذكاة الذبح على ما ذكرنا اشارة الي قوله لانه
وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار وهذه الي المتردية اي قياسا عليها قوله واذا ارسل
كلبه على صيد واخذ غيره حل وهذه من مسائل الاصل ذكرها بسبيل التفريع وقال في الاصل
الا ان الرجل يرسل كلبه على صيد فياخذ صيدا غيره في وجهه ذلك ايؤكل قال نعم قال
شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده وهذا مذهب علمائنا وقال مالك لا يؤكل واجمعوا
انه لو انحرف يمينا وشمالا واخذ صيدا وقتله فانه لا يحل وقال الحاكم الشهيد في الكافي واذا
ارسل كلبه او بازه الي صيد فاخذ ذلك الصيد او اخذ غيره او اخذ عددا من الصيد
فهو كله حلال ما دام في وجه ارساله فان قتل واحدا او جثم عليه طويلا ثم مر به صيد اخر
فاخذه لم يؤكل لانه خرج من حال الارسال الي هنا لفظ الكافي وقال في وجيزهم ولو قصد
سربا من الظباء فاصاب واحدا حل ولو قصد واحدا معينا فاصاب اخر فوجهان وجه قول
مالك ان الارسال حصل على المشار اليه فاذا اخذ غيره فقد اخذ بغير ارسال فلا يحل كما لو انحرف
يمينا وشمالا ولنا ان اخذ غير المشار اليه حصل بارساله فيحل كما لو اخذ المشار اليه وكما لو
لم يعين لان شرط التعيين غير مفيد لانه لا يمكنه التعليم على وجه لا ياخذ الا ما عينه لانه قد
لا يقدر على اخذه بعينه فسقط اعتبار التعيين وكان المعتبر الارسال فما دام على سنن
الارسال يحل اكل صيده بخلاف ما اذا انحرف يمنة ويسرة لان الصيد حصل بغير ارسال لانه
ارسله قبل المشرق وهو ذهب قبل المغرب فيكون الاخذ بغير ارسال والارسال شرط
الاباحة قوله لا يقدر على الوفاء به اي بالصيد المشار او بما عينه المرسل قوله ولو ارسله
على صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة
وهذه من مسائل الاصل ايضا ذكرها تفريعا قال في الاصل وكذلك اذا ارسله على صيد
كثير وسمى مرة واحدة على الارسال فانه اذا قتل الكل يحل الكل بتسمية واحدة قال شيخ
الاسلام خواهر زاده في شرحه فرق بين هذا وبينما اذا ذبح شاتين بتسمية واحدة فانه
لا يحل وفيه الفرق بينهما ان الذبح في باب الكلب يحصل بالارسال ولهذا اشترط التسمية

وقت الارسال واذا كان الفعل واحدا يكتفيه تسمية واحدة وان حصل به ذبح صيود كثيرة بخلاف ما لو ذبح شاة ثم ذبح اخرى لان الثاني صار مذبوحا بفعل غير الاول فلا بد من تسمية اخرى وقياس مسئلة الارسال انه لو اضجع شاتين احديهما على الاخرى وذبحهما بحزة واحدة فانهما تحلان بتسمية واحدة لانه حصل ذبحهما بفعل واحد فكان بمنزلة ما لو رمى سهما الى صيد واصاب صيدات تحلان لان ذبحهما حصل بفعل وجد عليه التسمية فكذا ههنا على ما بيناه اي في اوائل كتاب الذبائح الا اذا رمى ما قال وفي الصيد يشترط عند الارسال والرمي قوله بعده اي عند الارسال بخلاف ذبح الشاتين اي على التعاقب قوله ومن ارسل فهدا فكمن حتى يستمكن ثم اخذ الصيد فقتله يوكل وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا ايضا قال في الاصل ارايت الرجل يرسل فهده على الصيد والفهد اذا ارسل يكمن ولا يتبع الصيد حتى يستمكن فيمكث ساعة ثم ياخذ الصيد فيقتله هل يوكل قال نعم وقال الكرخي في مختصره وكذلك الكلب اذا ارسله الرجل فصنع كما يصنع الفهد فلا باس باكل ما صاد وذكر ان المكث ساعة حيلة منه للاصطياد لا للاستراحة فيجد ذلك من عادة حذاقة الحيوان فلا يكون قاطعا للارسال بل يكون من اسباب الاصطياد كالوثوب والعدو وقال شيخ الاسلام خواهرزاده في شرحه يقال ان في الفهد خصالا لو كان واحد منها في بني ادم لكان من اشراف الناس منها انه لا ياكل الميتة وانما ياكل الذكية يعني انه لا ياكل الخبيث وانما ياكل الطيب ومنها انه يثب على الفريسة ولا يتعب نفسه من غير فايدة فيثب ثلاثا فان امكنه الاخذ والا تركه ومنها انه يتادب بتادب غيره لانه اذا اريد تاديبه يضرب الكلب بين يديه فيتعظ بتاديب الكلب ومنها انه لا يتذلل لمن احتاج اليه لانه لا يعدو خلفه ولا يرضى من صاحبه الا وان يركبه على فرسه ومنها انه يتبق بمن ضمن له صاحبه ويحمل في الطلب والذعر وهي من ذنوب الفهد بلا ثقا على الصيد ثم تركه يشبه ما روي في الماثور حديث ان امراة كان ابيت فالا بغ قوله ولو اخذ الكلب صيدا فقتله ثم اخذ اخر فقتله وقد ارسله صاحبه اكلا جميعا وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا قال في الاصل ارايت الكلب يرسل على الصيد فياخذه فيقتله ثم ياخذ اخر انا كلها جميعا وذلك لان الارسال قائم لم ينقطع بعد فكان بمنزلة ما لو رمى سهما الى صيد فاصابه واصاب اخر وقال في الاصل ايضا ارايت اذا اخذ الاول فقتله ثم جثم عليه طويلا من النهار ثم مر عليه صيد اخر فاشتد عليه فقتله ايوكل قال لا

وذلك

وذلك لانه لما جثم عليه طويلا انقطع الارسال لان المكث ما كان حيلة منه لاخذ الاخر حتى يجعل الاشتغال به كالاشتغال بالذهاب وانما كان للاستراحة فانقطع الارسال الاول به اذا المكث حقيقة وحكما وانما اخذ الثاني بغير ارسال فلا يحل بخلاف ما لو مكث للتكمين لان المكث حيلة منه لاخذه لا للاستراحة فيكون هذا المكث منه والذهاب سواء قوله بخلاف ما تقدم اي بخلاف ما اذا امكث للتكمين قوله ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فاخذه فقتله فانه يوكل وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا ايضا وقد مر بعد قوله ولو انصرف اثر من صاحبه قال خواهرزاده وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة للتكمين حتى لا ينقطع فور الارسال فاما اذا امكث زمانا طويلا حتى انقطع فور الارسال فانه لا يوكل كما في الكلب قوله للكمين هو اسم بمعنى الكمون وهو التوارى قوله ولو ان بازيا معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدري ارسله انسان ام لا لا يوكل وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا قال في باب صيد البازي والصقر من الاصل ارايت بازيا معلما اخذ صيدا فقتله فلا يدري ما حال البازي ارسله انسان ام لا ايوكل قال لا وذلك لان الارسال شرط الاباحة بعد وجود التعليم فما لم يعلم انه كان مرسلا او لم يكن لا يثبت الاباحة كما في الكلب والبازي بالمعنى حجة بزاه والباز لغة فيه وجمعه ابواز وبزان قوله ايوكل لوقوع الشك في الارسال اي لا يوكل لكونه ميتة لا لانه مال الغير قوله قال وان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يوكل اي قال القدوري في مختصره وهذه رواية الزيادات وعلى رواية الاصل يوكل وقد مر تمام البيان عند قوله ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية قال القدوري في شرح مختصر الكرخي واما اذا اخنق الصيد فمات فالمشهور عنهم انه لا يوكل وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يوكل واما اذا لم يجرحه ولم يخنقه ولكنه كسر عضوا منه فمات فان ابا الحسن الكرخي ذكر انه لم يوجد عن ابي حنيفة شيا مصرحا وقد حكى محمد في الزيادات المسئلة واجاب منها جوابا مطلقا اذا لم يجرحه لم يوكل وهذا يقتضي انه لا يحل بالكسر قال الكرخي في مختصره وذكر ابو يوسف في الاثر حكاية عن ابي حنيفة فقال وان قتله من غير ان يجرحه بناب ولا مخلب فانه لا يوكل وكذلك لو صدمه فقتله ولم يكسر ولم يجرح فاذا جرح بناب او مخلب او كسر عضوا فقتله فلا باس باكله الى هنا لفظ الكرخي قال القدوري في شرحه وظاهر هذا الكلام يقتضي ان الكسر كالجرح ووجهه ان الكسر جراحة باطنة فهي كالجراح الظاهرة ووجه ما حكاه محمد ان الجرح يقع به انهار الدم وهذا المعنى لا يوجد بالكسر فصار كالخنق كذا في شرح القدوري قوله على ما ذكرناه اي عند

قوله ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية قوله قال وان شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسي
او كلب لم يذكر اسم الله عليه لم يؤكل اي قال القدوري في مختصره وقال صاحب الهداية في بدايته
عمدا اي يريد بعدم ذكر اسم الله عدم ذكره عمدا لانه اذا تركه ناسيا اكل يعني اتبع الصيد
مع الكلب المعلم كلب اخر غير معلم او كلب مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله عليه عمدا فاخذاه
وجرحاه لم يؤكل لانه اجتمع المبيح والمحرم والاحتراز عن سبب الحرام ممكن فترجح جانب الحرمة
وذكر لان جرح المعلم يوجب الاباحة وجرح غير المعلم لا يوجب الاباحة والاحتراز عنه ممكن
فترجح جانب الحرمة كما لو وقع في الماء والاصل في ذلك حديث عدي بن حاتم وان شارك كلبك
كلب اخر غير معلم فلا تأكل فاما اذا رد عليه الكلب الاخر ولم يجرح معه وانما جرحه الكلب المعلم
ومات بجرحه قال لا يكره اكله لان غير المعلم لو شاركه في الجرح والاخذ حرم الاكل ولو لم يشاركه لا في
الاخذ ولا في الجرح حل ولو شاركه في الاخذ ولم يشاركه في الجرح كره ثم ذكر محمد في هذا الفصل
الكراهة وذكر في الفصل الاول الحرمة لانه ثمة استوى سبب الحرمة وسبب الاباحة لان المشاركة
وجدت في الاخذ والجرح جميعا ومتى استوى السببان والاحتراز عن سبب الحرمة ممكن
ثبتت الحرمة كما لو وقع في الماء فاما هاهنا ترجح موجب الحل على موجب الحرمة لان المشاركة
وجدت في الاخذ لا في الجرح لان المعلم تفرد بالجرح فتثبت الكراهة لا غير واما اذا لم يمكن
الاحتراز عن سبب الحرمة لا يوجب الكراهة ايضا كما لو اتبع غير المعلم كلب الصيد ولم يأخذه
قوله وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسي بنفسه حيث لا يكره اي رد المجوسي الصيد على الكلب
المعلم قال في الاصل ارأيت اذا رد الصيد على الكلب انسان مجوسي واخذ الكلب الصيد فقتله
ايؤكل قال نعم وذلك لان فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب حتى يجعل متمما له بخلاف الكلبين
فان المشاركة تثبت بين فعليهما لوجود المجانسة قوله ولو لم يرده الكلب الثاني على الاول
لكنه اشتد على الاول حتى اشتد على الصيد واخذه وقتله لا بأس باكله ذكرها تفريعا وهي
من مسائل الاصل واشتد اي عدا كذا في ديوان الادب اي اشتد الكلب الثاني على اثر
الكلب الاول المعلم يعني عدا خلفه واتبعه من ورائه حتى عدا الكلب الاول على الصيد
فاخذه قال الكرخي في مختصره فان تبع الكلب كلب اخر غير معلم فلم يرده عليه ولم يهيب
الصيد ولكنه اشتد عليه وكان الذي اخذه الكلب المعلم فقتله قال لا بأس باكله قال القدوري
وذكر لانه لم يوجد منه المجاورة فلم يشترك في الاصطياد فحل الاكل فصار كمسلم اصطاد شاة وا

مجوسي

مجوسي حتى ذبحها المسلم قوله لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل دون الصيد اي فعل الكلب الثاني
اي عدوه لانه عدوه خلفه صار مهيجا للكلب الاول فصار لعدوه اثر في الكلب الاول لا في الصيد لانه
لم يرد الصيد على الاول ولم يهيبه فلا يكون لفعله اثر في الصيد فلما لم يكن لفعله اثر فيه لم يكن باكله بأس
قال واذا ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر بزجره فلا بأس بصيده اي قال في الجامع الصغير
يقال زجر الكلب فانزجر اي هيجه فهاج قال صاحب الهداية والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه اي على الكلب
وبالانزجار اظهار زيادة الطلب اي طلب الكلب للصيد وقد ذكر محمد في الجامع الصغير هنا ثلاثة
فصول الاول كلب ارسله مسلم وسمى فذهب ثم زجره مجوسي فانزجر بزجره فقتل الصيد انه لا بأس باكله
لان الارسال لم ينقطع بالصياح من المجوسي وكان صياحه تبعا للارسال فكانت العبرة للارسال لا
الصياح المجوسي وهذا لان الانزجار من الكلب عقيب الزجر طاعة من الكلب حصلت اجر بطريق الدلالة
وذهابه بالارسال طاعة منه للمرسل صريحا ولا تعتبر الدلالة مع وجود الصريح فصارت الدلالة لغوا فلم
تصر شبهة فلم يكره والثاني اذا ارسله مجوسي فذهب ثم زجره مسلم وسمى فانزجر فقتل لا يحل اكله
وذلك لان اصل الارسال كان فاسدا والصياح بعد الارسال لما لم يعتبر شبهة في التحريم كما في الصورة
الاولى فلان لا يعتبر شبهة في الاباحة في هذه الصورة اولى ولانه لو شاركه مثل فعله حرم الصيد فاذا
اعانه بما ليس من جنس فعله ولا مثله فالتحريم به اولى والثالث ان يكون الكلب منفلتا من صاحبه فزجره
مسلم وسمى فانزجر بزجره فقتله انه يحل والقياس ان لا يحل قال محمد نأخذ بالاستحسان وبالقياس اخذ مالك
لان الانفلات لم ينقطع بالصياح لان الشيء انما يرفع بمثله وبما هو فوقه لا بما دونه والصياح دون الانفلات
فكان تبعا له وكان دونه فلم يرتفع به الانفلات واذا لم يرتفع به الانفلات فقد اجتمع ما يبيح وما يحرم
والاحتراز عن سبب الحرمة ممكن فتجب الحرمة وجه الاستحسان ان الدلالة هنا وجدت من دون لانعدام صريح
صريح الارسال موجب العمل بالدلالة ولم يعتبر الانفلات شبهة لانه عدم علة في حكم الشرع والعدم
ليس بشيء فلا يصلح معارضا ولا شبهة او نقول ان الصياح مثل الانفلات فصلح ناسخا لان الانفلات
ان كان اصلا من حيث انه سابق فهو تبع من حيث انه فعل غير الادمي والصياح ان كان تبعا لانه لاحق
وبنا عليه فهو اصل من حيث انه حصل من الادمي فاستويا في الاصالة والتبعية فكان الصياح مثل الانفلات
فانتسخ به الانفلات ولم يعتبر الشركة لان الشركة تثبت في الجنس الواحد لا في الجنس المختلف والكلب
مع الادمي جنسان مختلفان وكذا ما يتولد منهما والانفلات خروج الشيء فلتة اي بغتة قوله ولو
ارسل المسلم كلبه على صيد وسمى فادركه فضربه ووقذه ثم ضربه فقتله اكل ذكرها وما بعدها
الى فصل الرمي تفريعا قال ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا ارسل المسلم كلبه على صيد وسمى فادركه

الكلب الصيد فضربه فوقذه ثم ضربه ثانيا فقتله اكل وكذلك لو ارسل كلبين على صيد فضربه احدهما فوقذه ثم ضربه كلبه الاخر فقتله اكل قال القدوري في شرحه وذلك لان هذا المعنى لا يمكن ضبطه من الكلب وما لم يمكن تعليمه سقط اعتباره ولانه مثل الكلب الاول انه لا يمكن ان يعلم ترك الجرح بعد الجرح الاول ولو ارسل رجلان كل واحد منهما كلبه على صيد فضربه كلب احدهما فوقذه ثم ضربه كلب الاخر فقتله فانه يوكل والصيد لصاحب الكلب الاول الى هنا لفظ الكرخي وقال الكرخي ايضا وذلك لما بينا ان جرح الكلب بعد الجرح لا يمكن التحرز منه فلم يمنع من الاباحة واما الملك فانما صار لصاحب الكلب الاول لان جراحته اخرجت الصيد من حيز الامتناع ثم بعد ذلك لا يزيل جراحه الثاني ملك صاحب الاول عنه وهذا الذي ذكرنا بخلاف ما اذا رمى صيدا بسهم فاثخنه بحيث اخرجه من حيز الامتناع ثم رماه ثانيا فقتله لا يوكل لانه لما اثخنه صار ذكاته ذكوة الاهلي ويمكنه الاحتراز عن الرمية الثانية فلا يكون عفوا وفي الكلب ليس كذلك لانه لا يمكن تعليمه على وجه لا يجرح ثانيا بعد ان جرح مرة وما تعذر دفعه تعتبر رعيته وسيجي تمام البيان في مسئلة الرمي في فصل الرمي ان شا الله تعالى

فصل في الرمي

لما كانت آلة الاصطياد منقسمة الى قسمين حيوان وجماد كما بينا في اول هذا الكتاب قدم فصل الحيوان لفضيلته على فصل الجماد لان الحيوان له روح وفعل اختياري والجماد لا روح له ولا فعل والآلة ما يستعان به على تحصيل امر قوله ومن سمع حسا ظنه حس صيد فرماه او ارسل كلبا او بازيا عليه فاصاب صيدا ثم تبين انه حس صيد حل المصاب اي صيد كان يعني رمى المسموع حسه على ظن انه صيد فاصاب سهمه صيدا غير المسموع حسه فظهر ان المسموع حسه كان صيدا لا آدميا ولا شاة ونحو ذلك حل ما اصابه سهمه اذا كان مما يوكل سواء كان المسموع حسه ماكول اللحم او غير ماكول اللحم لانه قصد الاصطياد بالرمي وكذلك اذا ارسل كلبه او بازه في هذه الصورة وهذه المسائل من اول الفصل الى قوله واذا سمى الرجل عند الاكل الرمي اكل وليست بمذكورة في البداية لانها لم تذكر الا في الجامع الصغير ومختصر القدوري وانما ذكرها القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وذكرها صاحب الهداية فيها تكثيرا للفوائد قال القدوري في شرحه وجملة هذا الباب ان من سمع حسا فظنه صيدا فارسل عليه كلبه او بازه او رماه بسهمه فاصاب صيدا او بان ان الحس الذي سمعه لم يكن حس صيد وانما كان شاة او بقرة او آدميا لم يوكل الصيد الذي اصابه في قولهم لانه ارسل الى غير صيد فلم يتعلق به حكم الاباحة وصار كانه رمى الى آدمي يعلمه به فاصاب صيدا لم يوكل واما اذا كان الحس حس صيد ماكول او غير ماكول فان اصاب صيدا ماكولا اكل وقال زفر ان كان حس

صيد لا يوكل لحمه كالسباع وما اشبهها لم يوكل وروى عن ابي يوسف انه قال ان كان حس سبع اكل الصيد وان كان حس خنزير لم يوكل الصيد وجه قولهم المشهور ان اصطياد الحيوانات الماكول وغير الماكول من جنس الصيد سواء في الاباحة فاذا احس به لكن رماه او ارسل عليه تعلق بالاستيلاء عليه اباحة الاصطياد وقد تعين به صيد ماكول فاكل كما لو كان الحس حس ماكول فاصاب ماكولا آخر ووجه قول زفر ان السباع لا تحل اكلها فرميها لا يتعلق به اباحة الاكل فاذا اصاب غيرها لم يوكل كما لو كان حس آدمي ولابي يوسف ان الخنزير مغلظ التحريم لا يجوز الانتفاع به بوجه والسباع وان كانت محرمة فانه جاز الانتفاع بها فاذا رمى الى الصيد كون الانتفاع به وتعين به الماكول جاز اكله واذا رمى الى صيد لا يحل الانتفاع به كان لم يتعلق برميه حكم الاباحة فلم يحل ما تعين به فاما اذا لم يعلم ان الحس حس صيد او غيره لم يوكل ما اصابه لان الحظر والاباحة تساويا فكان الحكم للحظر وقال في الاصل فيمن رمى خنزيرا اهليا فاصاب صيدا قال لا يوكل لان الخنزير الاهلي ليس بممتنع فالرمي اليه كالرمي الى الشاة فلا يتعلق به حكم الاباحة وان اصاب ماكولا ثم قال القدوري وقد قالوا فيمن سمع حسا فظنه آدميا فرماه فاصاب الحس بعينه فاذا هو صيد اكل لانه لا يعتبر بظنه مع تعينه صيدا قصدا لانه قصد الى المحسوس وقالوا لو رمى طائرا فاصاب صيدا وذهب المرمي فلم يعلم اوحشي هو او مستانس اكل الصيد وهذا مبني على ان الطير الداجن اذا اوى في الصحراء لم يحل بالعقر لانه ياوي البيوت فثبت اليد عليه الا انه اذا رمى الى طير شك فيه فالاصل في الطائر التوحش حتى يعلم الاستيناس فيتعلق برميه الاباحة قالوا ولو رمى بعيرا فاصاب صيدا وذهب البعير فلم يعلم اناد هو او غير ناد لم يوكل الصيد حتى يعلم ان البعير كان نادا لان الاصل في الابل الاستيناس حتى يعلم نفرة قال واذا اختلفت الرواية عن ابي يوسف فيمن رمى سمكة او جرادة فاصاب صيدا فقال لا يوكل لان السمك والجراده لا ذكوة لهما وروى ابن ابي مالك انه يوكل الصيد لان المرمي من جملة الصيد وان كان لا ذكاة له قال وقالوا لو ارسل كلبه على طير موثق فاصاب صيدا لم يوكل لان الموثق لا يجوز صيده بالكلب وهو كالشاة ولو ارسل بازه على ظبي وهو لا يصيد الظبي فاصاب صيدا لم يوكل لان هذا الارسال لم يقصد به الاصطياد فصار كمن ارسل كلبا على فيل فاخذ صيدا كذا ذكره القدوري في شرحه قوله خص منها ما لا يوكل لحمه اي من جملة المسموع حسه قوله لان اسم الاصطياد لا يختص بالماكول قال الشاعر

صيد الملوك ارانب وثعالب … واذا ركبت فصيدي الابطال

قوله وهو فعل مباح بنفسه أي الاصطياد فعل مباح في نفسه لقوله تعالى وإذا حللتم فاصطادوا
والاصطياد أخذ الصيد والصيد اسم لممتنع متوحش في الأصل فكانت الآية دليلا لعمومها
على إباحة عموم الاصطياد إلا أن الاصطياد إذا كان فيما حل أكله كان الغرض منه الأكل وإذا
كان فيما لا يحل أكله كان الغرض منه الانتفاع بجلده أو شعره أو ريشه أو دفع أذيته وهذا معنى
قوله وإباحة التناول ترجع إلى المحل فيثبت بقدر ما يقبله لحما وجلدا أي يثبت التناول بقدر
ما يقبل المحل التناول من حيث اللحم والجلد يعني إن كان يقبل المحل تناول اللحم يثبت تناول اللحم
وإن كان يقبل تناول الجلد لا اللحم يثبت ذلك فينتفع بجلده وإن لم يقبل تناولهما جميعا كما في
الخنزير يكون الاصطياد لدفع أذيته فإذا كان الاصطياد مباحا حل المصاب إذا كان مأكول
اللحم وإن كان المسموع حسه لا يحل أكله قوله والظبي الموثق بمنزلته أي الظبي المقيد بمنزلة الطير
الداجن الذي يأوي البيوت مر بيانه قوله لا يحل أكله لأنه أي قوله لأن الفعل ليس باصطياد
قوله ناد يقال ند البعير ندا أو ندودا إذا ذهب على وجهه شاردا كذا في الجمهرة قوله
وإذا سمى الرجل عند الرمي أكل ما أصاب إذا جرح السهم فمات وهذا لفظ القدوري في مختصره
وذلك لأن السهم آلة الاصطياد فتشترط التسمية عنده كما تشترط التسمية عند إرسال الكلب
وإنما شرط الجرح لأن القتل متى حصل بآلة تجرح وتقطع حل الأكل ومتى حصل بآلة تدق وتخرق
لا يحل الأكل لما روي في الآثار عن إبراهيم أنه قال ما خزق المعراض فكل وما لم يخزق فلا تأكل
لأنه وقيذ قال صاحب الهداية وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة أي لذكاة
الاضطرار وذلك لأن الذكاة على نوعين كما بيناه في أوائل الذبائح ذكاة الاختيار وهو
قطع الأوداج في محل معلوم وهو ما بين اللبة واللحيين وذكاة الاضطرار وهو
جرح في أي محل كان قوله على ما بيناه أي في فصل الجوارح عند قوله ولا بد من الجرح في ظاهر
الرواية قوله قال وإن أدركه حيا ذكاه أي قال القدوري في مختصره وذلك لأنه قدر على
الأصل قبل حصول المقصود بالبدل فيبطل حكم البدل وذكر لأن ذكاة الاضطرار بدل عن
ذكاة الاختيار وقد مر بيان ذلك مستوفى مع ما فيه من الاختلاف عند قوله وإن أدرك
المرسل الصيد حيا وجب عليه أن يذكيه وهو المراد بقوله وقد بينا في الفصل الأول أي في
فصل الجوارح قوله ولا اختلاف فيها بالنصب عطفا على الضمير في قوله بيناه وهو السماع
ويجوز بالجر عطفا على قوله بوجوهها أي بوجوه المسألة قوله قال وإذا وقع السهم بالصيد
فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه أكل الصيد وإن قعد عن طلبه ثم أصابه

ميتا لم يؤكل أي قال القدوري في مختصره قوله أكل الصيد استحسان والقياس أن لا يؤكل كذا ذكره
القدوري في شرحه وهذا إذا لم يكن فيه جراحة أخرى غير جراحة سهمه أما إذا كان فيه جراحة
أخرى لا يؤكل قياسا واستحسانا كذا قال خواهر زاده في شرحه وللشافعي قولان إذا غاب
الصيد عنه فوجده ميتا في قول يؤكل وفي قول لا يؤكل ولم يعتبر القعود والطلب في القولين جميعا
كذا في مختصر الأسرار وقال ابن الجلاب المالكي في كتاب التفريع ولا بأس بأكل الصيد وإن غاب
عن الصائد بعد أن [illegible] ما لم يبت عنه فإن بات عنه لم يجز أكله وقال الخرقي من أصحاب أحمد بن حنبل
وإذا رمى صيدا فغاب عن عينه وأصابه ميتا وسهمه فيه ولا أثر به غيره جاز أكله وهو قول
أحمد ظاهرا وهو ما روى صاحب السنن بإسناده إلى عامر الشعبي عن عدي بن حاتم أنه قال يا رسول
الله أحدنا يرمي الصيد فيقتفي أثره اليومين والثلاثة ثم يجده ميتا فيه سهمه أيأكله قال نعم
إن شاء أو قال يأكل إن شاء ومالك احتج أنه سمع أهل العلم كذلك وكأنه بنى الأمر على الغالب
لأنه إذا بات عنه فقعد عن طلبه غالبا حتى إذا لم يقعد عنه ينبغي أن يحرم عنده أيضا والشافعي
احتج بقول ابن عباس كل ما أصميت ودع ما أنميت قال في الغريبين الإصماء أن تقتله مكانه والإنماء
أن يصيبه إصابة غير متقصية ولأنه يحتمل في التواري أن يموت بسبب آخر كالتردي
ونحوه ولنا ما روى أصحابنا في كتبهم كالقدوري وغيره أن النبي صلى الله عليه وسلم مر بالروحاء
على حمار وحشي عقير فتبادر أصحابه إليه فقال دعوه فسيأتي صاحبه فجاء رجل فقال هذه رميتي يا
رسول الله وأنا في طلبها وقد جعلتها لك فأمر رسول الله أبا بكر فقسمها بين الرفاق ولأنه
إذا لم يقعد عن طلبه ولم يشتغل بعمل آخر يجعل كأنه مات بمرأى عين الصائد دفعا للحرج
وهو مدفوع شرعا لأن الاصطياد يكون في الغالب في المشاجر والبراري وتواري الصيد
فيها غالب فما لم يقعد عن طلبه حل أكله دفعا للضرورة ولا ضرورة فيما إذا اشتغل بعمل آخر
فلا يؤكل ويحمل على هذا حديث الشعبي لأن النبي صلى الله عليه وسلم جوز أكل الصيد بعد
تواريه إذا كان الصائد يقتفي أثره وقال القدوري في شرحه وروي أن رجلا أهدى
إلى النبي صلى الله عليه وسلم صيدا فقال له من أين لك هذا فقال رميته بالأمس وكنت
في طلبه حتى هجم الليل فقطعني عنه ثم وجدته اليوم ومرزاتي فيه فقال عليه الصلاة
والسلام إنه غاب عنك فلا أدري لعل بعض الهوام أعانك عليه لا حاجة لي فيه
ولأنه إذا قعد عن طلبه جاز أن يدركه حيا لو لم يقعد عن طلبه فكانت ذكوته الذبح
وخرج الجرح من أن يكون ذكوة له فلا يجوز استباحته بالشك والتحامل المشي

[illegible]

بما يتحامل الصيد فيطير اي يتكلف الطيران
ان يتكلفه بمشقة واعياء يقال تحاملت في المشي وعليه
وهو من الحمل اي يحمل الصيد نفسه على تكلف المشي والطيران كذا في المغرب قوله لما روينا اشارة
الي قوله عليه الصلاة والسلام لعل هوام الارض قتلته ولو وجد به جراحة سوى جراحة
سهمه لا يحل لانه موهوم ذكرها تفريعا وهي من مسايل الاصل قال الحاكم الشهيد في مختصره
المسمى بالكافي وان كانت فيه جراحة اخرى لم يؤكل اذا ترك الطلب او لم يترك وذلك لان
موت الصيد بجراحة اخرى متوهم كموته بسبب هوام الارض ثم اذا لم يتقعد عن طلبه فوجده
ميتا وليس به جراحة اخرى سقط اعتبار توهم موته بسبب هوام الارض لانه لا يمكن
الاحتراز عنه لانه لا بد من ان يقع الصيد على الارض ولا تخلو الارض عن الهوام واما اذا لم
يتقعد عن طلبه فوجده ميتا وبه جراحة اخرى لم يسقط اعتبار توهم موته بتلك الجراحة
لان الاحتراز عنه ممكن لان الصيد يخلو عن جراحة اخرى في الجملة فوجب اعتبار الموهوم
لامكان الاحتراز كما اذا قعد عن طلب الصيد ولم يجد به الا جراحة سهمه والجواب في
ارسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي يعني اذا ارسل الكلب او البازي المعلم على الصيد
فجرحه فغاب ثم وجده ميتا فانه ان لم يتقعد عن طلبه حل اذا لم يكن به جراحة اخرى فان
قعد عن طلبه او كان به جراحة اخرى لم يحل **قوله** قال واذا رمى صيدا فوقع في الماء او وقع
على سطح او جبل ثم تردى منه الي الارض لم يؤكل اي قال القدوري في مختصره قال في الاصل
رجل رمى صيدا فاصابه فوقع في ماء فمات فانه لا يؤكل وهذا لما روي ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال لعدي بن حاتم واذا وقع رميتك في ماء فلا تاكله فانك لا تدري ان الماء قتله
ام سهمك والمعنى فيه انه اجتمع سبب الاباحة وهو الجرح وسبب الحرمة وهو الوقوع
في الماء لجواز انه اختنق بالماء فاذا اجتمع السببان لا بد من اعتبار سبب الحرمة اذا كان
مما يمكن الاحتراز عنه والوقوع في الماء مما يمكن الاحتراز عنه فانه قد لا يقع في الماء بخلاف
السقوط على الارض لانه مما لا يمكن الاحتراز عنه فسقط اعتباره وهذا اذا كانت
الاصابة بحال يتوهم سلامة الصيد من ذلك الجرح فيجتمع السببان فاما اذا كانت الاصابة
بحال لا يتوهم سلامة الصيد منه ان كان بقي فيه من الحيوة مقدار ما يكون في المذبوح
بعد الذبح من الاضطراب للذبح بان ابان راسه ثم وقع في الماء فانه لا يحرم عندهم جميعا
لان هذا القدر من الحيوة لا عبرة بها عندهم جميعا لانها حيوة صورة لا معنى فانه لا
ينتفع بهذه الحيوة ما يطلب من الحيوة فاذا لم يكن لهذا القدر من الحيوة لم عبرة عندهم جميعا

بوقوعه

بوقوعه في الماء في هذه الحالة ووقوعه وهو ميت سواء ولو وقع في الماء بعدما فيه
لا يحرم فكذا هذا فاما اذا كانت الجراحة بحال يموت منه لا محالة بان اصاب البطن وتعدى الى الجانب
الاخر او لم يتعد ولكن وصل الى الامعاء حتى تيقن بموته الا انه يعيش اكثر مما يعيش المذبوح
هل يحرم في هذه الحالة اذا وقع في الماء قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرحه يجب ان يكون المسئلة
على الاختلاف فعلى قول ابي يوسف لا يحرم لان هذا القدر من الحيوة لا عبرة بها على مذهبه وجوده
وعدمه بمنزلة فانه روى سليمان بن شعيب عن ابيه عن ابي يوسف في الاملاء عليهم الموقوذة
والمتردية والنطيحة وما اكل السبع اذا ذكي شيء من ذلك قال ان كان ما نزل به بحال لا يعيش
منه لا محالة فانه لا يحل وان كان يعيش اكثر مما يعيش المذبوح بعد الذبح واذا لم يكن لهذا القدر
من الحيوة عبرة على مذهبه كان بمنزلة ما لو وقع في الماء وبه من الحيوة ما يكون في المذبوح
بعد الذبح من الاضطراب للذبح ولو وقع في الماء في هذه الحالة فانه لا يحرم بسببه وقوعه في الماء كذا
يحل اذا ذكي بالذكاة وعلى قول محمد يكون لهذه الحيوة عبرة عنده فانه روى ابن سماعة في
نوادره عن محمد ان المتردية اذا ادركت وتدخل لها ما يعلم يقينا انه يموت الا انه بقي فيه من
الحيوة اكثر مما يكون في المذبوح بعد الذبح فانه يحل فيكون الموت مضافا الى الذكاة فكذا هنا
يكون الموت مضافا الى الغرق فيحرم هذا حاصل ما ذكره خواهر زاده وقال هذا اذا كان الطير
بريا فاذا كان مائيا فان كانت الجراحة لم تنغمس في الماء فانه لا باس باكله وان انغمست فانه لا
يؤكل على ما ذكرنا وقال ابو الحسن الكرخي في مختصره المتردي من الصيد هو الذي يرمى وهو
يطير فيسقط على جبل ثم يسقط منه الى الارض فانه لا يؤكل وكذلك لو كان على سطح فهوى فاصاب
حايط السطح ثم سقط الى الارض لم يؤكل وكذلك لو كان على نخلة او شجرة فسقط منها على جذع
النخلة او بعض الشجرة ثم سقط الى الارض فمات لم يؤكل وكذلك لو وقع على رمح مركوز في الارض
وفيه سنان فوقع على السنان ثم وقع على الارض لم يؤكل وكذلك لو نشب فيه السنان فمات عليه
لم يؤكل الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قال العبد وهي في شرحه والاصل في هذا انه اذا شارك
الرمي معنى اخر يمكن الاحتراز عنه ويجوز ان يكون التلف حصل به لم يؤكل لما روي عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ولو وقع في الماء فلا تاكله فلعل الماء قد قتله ومعلوم ان
وقوع الصيد على شيء ثم وقوعه الى الارض قد يخلو عنه الرمي في الغالب ويجوز ان يكون
التلف حصل به فصار كوقوعه في الماء واما اذا وقع على الارض فمات فالقياس ان لا يؤكل

لانه يجوز ان يكون مات من الارض والاستحسان ان يوكل لانه لا يمكن الاحتراز عن وقوع المرمي
على الارض وما لا يمكن الاحتراز عنه في الصيد سقط حكمه قال وذكر في المنتقى في الصيد اذا وقع
على صخرة فانشق بطنه او انقلع راسه لم يوكل ثم قال قال الحاكم وهذا خلاف جواب الاصل
يعني انه خلاف عموم الجواب لانه قال في الاصل انه لو وقع على آجرة موضوعة في الارض
اكل ولم يفصل بين ان يكون انشق بطنه او لم ينشق ثم قال فان جعلناه روايتين فوجه
ما ذكره الحاكم انه اذا انشق بطنه فالظاهر ان الموت حصل بغير الرمي فسقط التجويز اي
سقط احتمال ان يموت بالرمي وكذلك اذا لم ينجرح لانه يجوز ان يكون مات من الوقوع
او من الرمية والاحتراز غير ممكن فسقط التجويز يعني لم يعتبر احتمال ان يموت من الوقوع
لان سبب الحرمة لا يعتبر اذا لم يمكن الاحتراز عنه ثم قال ويجوز ان يحمل ما ذكره في الاصل على
هذا التفسير فيكون معناه انه يوكل اذا لم ينشق بطنه او ينقلع راسه وقال الكرخي ايضا
في مختصره وكذلك لو وقع على حرف آجرة في الارض او حرف حجر ثم وقع على الارض لم
يوكل لانه قد شرك السقوط غيره ولو كانت الآجرة مبطوحة على الارض واللبنة موضوعة
عليها ثم مات اكل وذلك لان الآجرة المبطوحة كالارض فوقوعه عليها كوقوعه على
الارض وقال الكرخي ايضا ولو وقع على جبل فاستقر عليه اكل وذلك لان استقراره
على الجبل كاستقراره على الارض وقال الكرخي ايضا ولو سقط من الرمية في ماء فمات لم
يوكل ولا اعلم في هذا خلافا لانه قد يجوز ان يكون اختنق بالماء ثم قال الكرخي قال بشر
وعلي بن الجعد عن ابي يوسف اذا رمى رجل صيدا وهو في السماء بنشابة وسمى فاصابه
فوقع الى الارض فمات اكل وليس هذا بمتردد وكذا اذا كان على جبل او حائط او ابنية
او جبل فوقع منها الى الارض ولكن المتردي الذي لا يوكل ان يقع فوق الشيء من السماء او من
موضع فوقه ثم يقع من ذلك الموضع الى موضع آخر فهذا الذي لا يوكل وهذا اختيار الى هنا لفظ الكرخي
قال القدوري وهذا صحيح لان المتردي هو المتردد ولكن لما اجتمع الحرفان قلبوا احدهما
كما قالوا تقضي البازي وانما هو تقضض والمتردد هو ان يقع على شيء ثم على شيء وقال
الكرخي ايضا وكل متردد او موقوذ او نطيح او ما اكل السبع اذا ادركه حيا وفيه الحياة فذكي
حل اكله الا ما جرحه السبع اذا كان به جرح لا يعيش من مثله الا بقدر ما يعيش المذبوح
فانه لا يوكل وان ذكي هكذا احمد في هذا واطلق القول ابو يوسف وقد حكيناه

في غير هذا الموضع

في غير هذا الموضع من كتابي هذا الى هنا لفظ الكرخي في مختصره وقال في شرح الطحاوي
الموقوذة والمتردية والنطيحة وما اكل السبع لا يوكل اذا وجد ميتا ولم تدرك ذكوته واما
اذا ادرك ذكوته فانه يحل بعد ان وجده ومعه قليل من الحيوة كالصياح والحركة ونحوه وخروج
الدم لا يدل على الحيوة الا اذا كان يخرج كما كان يخرج من الحي وهذا عند ابي حنيفة وهو ظاهر الرواية
وقال محمد ان بقي من حيوتها مثل حيوة المذبوح او اقل لا يحل وان كان اكثر من ذلك يحل وذكر الطحاوي
ان على قول محمد ان لم يبق معه الا الاضطراب بالموت فذبحها هكذا لم يحل وان كانت تعيش
مدة كيوم او بعض يوم حل وهذا موافق لما ذكرنا من الرواية وقال ابو يوسف ان كانا يعلم
انه يموت لا محالة من ذلك لم يحل وان كانت تعيش بعد التردي فذبحها فانها توكل وروي عنه
في رواية اخرى انه قال ان كان بها من الحيوة ما يعلم انها تعيش يوما او اكثر من نصف يوم
يوكل والا فلا كذا في شرح الطحاوي وقال القدوري ذكر في المنتقى عن ابي يوسف قال ولو رمى
صيدا على قلة جبل فاثخنه حتى لا يتحرك ولم يستطع ان ياخذه فرماه فقتله ووقع لم ياكله
وذلك لانه خرج من حيز الامتناع بالرمي الاول فصار الرمي الثاني الى غير ممتنع فلا يوكل
وقال الكرخي في آخر باب المتردي حدثنا ابراهيم بن موسى الجوزي قال حدثنا ابن منيع قال حدثنا
يحيى بن زكريا بن ابي زائدة قال حدثنا عاصم عن عامر يعني الشعبي عن عدي بن حاتم قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا وقعت رميتك في ماء فغرق فلا تاكله **قوله** من علو
فيه ثلاث لغات ذكرها في الصحاح قال اتيته من علي الدار ومن علا ومن علو ومن عال ومن معال
بضم الميم ومن علو بفتح الواو وضمها وكسرها **قوله** وان وقع على الارض ابتداء اكل هذا لفظ
القدوري وقد مر بيانه **قوله** وصححه الحاكم اي صحح ما ذكره في المنتقى وبيانه مر قبل هذا **قوله**
وحمله شمس الائمة السرخسي اي حمل ما ذكره في المنتقى على ما اذا اصابه حد الصخرة فانشق بطنه وحمل
ما ذكره في الاصل على ما اذا لم يصبه حد الصخرة ولم ينشق بطنه يعني لا اختلاف بين الروايتين
قوله قال وما اصاب المعراض بعرضه لم يوكل اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان خرق
اكل وذلك لما روي في صحيح البخاري والسنن مسندا الى الشعبي قال قال عدي بن حاتم سالت
النبي صلى الله عليه وسلم عن المعراض فقال اذا اصاب بحده فكل واذا اصاب بعرضه فلا تاكل فانه
وقيذ والمعراض سهم بلا نصل ولا ريش يمضي عرضا **قوله** قال ولا يوكل ما اصابته البندقة
فماتت بها اي قال القدوري في مختصره وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم اعتبر الجرح في حديث

او لا لان ذلك يدق ويخرق وكذا
المعراض ولم يوجد ذلك في البندقة وما اشبهها من الحجر والخشب
يقطع ولا يجرح قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي ولا يحل صيد البندقة والحجر والمعراض
والعصا وما اشبه ذلك وان جرح لانه لا يخرق الا ان يكون شيء من ذلك قد حدده وطوله كالسهم
وامكن ان يرمي به فان كان كذلك وخرقه بحده وبضعه حل والمزراق كالسهم الى هنا لفظ
الكافي وذكر فخر الاسلام في شرح الزيادات في باب الصيد يحل اكله اذا رمى فاصاب غيره ان الحجر
او البندقة اذا جرح حل وكذلك المعراض قوله وكذلك ان رماه بحجر وكذلك ان جرحه اي ان جرحه
الحجر وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا قال شيخ الاسلام خواهرزاده في شرحه وذلك
لان الحجر مما يخرق ولا يقطع اذا لم يكن له حدة فيكون كالمعراض اذا اصاب الصيد بعرضه
قيل هذا اذا كان الحجر ثقيلا فاذا كان خفيفا وجعل كالسهم طويلا وحدد يحل صيده الى هنا
اشار الحاكم اتفاقا قال في الاصل وكذلك ان رماه بمروة حديدة قال نعم لانه مما يدق ويخرق ولا يجرح
والعقل يقبل هذه الالة لا يفيد الاباحة وكذلك ان رمى صيدا بمروة حديدة وسمى فقطع
هل يؤكل قال لا لان الاباحة حصل بالتمزيق لا بالقطع فيكون وقيذا وان مات بالجرح
ان كان الجرح مدميا فانه يحل بلا خلاف وان جرح ولم يدم اختلف المشايخ فيه قال بعضهم
لا يحل لقوله صلى الله عليه وسلم ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار وهذا اصح
عندي لانه كما شرط الانهار شرط فري الاوداج ايضا في ذكاة الاضطرار اي لم يشترط فري
الاوداج فيكون الاشتراط الانهار وقال بعضهم يحل صغيرة كانت الجراحة او كبيرة وسواء
عندي لان اصل الجرح كاف في ذكاة الاضطرار وقال بعضهم اذا كانت الجراحة صغيرة
يشترط الادماء وان كانت كبيرة يحل بلا ادماء لانها اذا كانت صغيرة فعدم خروج الدم يدل
على ضيق المنفذ لا على الدم في الحيوان وخروج الدم عند وجود الدم شرط للاباحة واذا كانت
كبيرة لا يكون عدم الخروج لضيق المنفذ بل لعدم الدم فيه اصلا كما اذا كان علفه ورق العناب
فاحتبس دمه وخروج الدم حال عدمه فيه ليس بشرط للاباحة قوله بمروة حديدة اي حادة
وهي صفة لمروة وهي الحجر الابيض الرقيق والسهم كلمة يؤتى بها قبل الاستثناء هو الا
كان المستثنى عزيزا نادرا استطها ثم اعشيته الله تعالى على اثبات وجوده قوله
وان اصاب بظفر السكين او بمقبض السيف لا يحل ذكره تفريعا على مسئلة القدوري والمقبض
من السيف بفتح الميم وكسر الباء حيث يقبض عليه بجمع الكف وذلك لانه يدق ويجرح قال في

قسم المبسوط

١٧٣

قال في قسم المبسوط من الشامل اخذ عودا او حدده ان اصاب بحده يحل والا فلا قوله والحديد وغيره
فيه سواء اي في شرط الجرح سواء يعني ان الحديد اذا جرح اكل واذا لم يجرح لم يؤكل وكذا غير الحديد
كالمعراض والعود اذا جرح اكل واذا لم يجرح لم يؤكل قوله ولو ذبح شاة ولم يسل منه الدم
قيل لا يحل وقيل يحل ذكره تفريعا وجه عدم الحل ما ذكر من قوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى
الاوداج فكل ووجه الحل ما ذكره قيل هذا بقوله لان الدم قد يحتبس لضيق المنفذ وغلظ الدم
قالاول قول ابي القسم الصفار والثاني قول ابي بكر الاسكاف قوله واذا اصاب السهم ظلف الصيد
او قرنه فان ادماه حل والا فلا ذكرها تفريعا ايضا اي اصاب ظلف الظبي او قرن البقر الوحشي
قال صاحب الهداية وهذا التأييد يعضد ما ذكرناه اي يؤيد قول ابي القسم الصفار لانه شرط
محل انهار الدم قال الحاكم الشهيد في الكافي وما توحش من الاهليات حل بما يحل به الصيد
فان ند بعيرا وغيره فلم يقدر عليه وخيف ذهابه فرمي بسهم حل به فان اصاب الظلف او القرن
فقتله حل به ايضا اذا ادماه وحصلت الرمية الى اللحم وكذلك المتردي في بئر لا يقدر على مذبحه
فانها وجي منه فادماه فهو ذكاته الى هنا لفظ الحاكم قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي وهذا في البقر والابل اما الغنم اذا ندت فرماها بسهم لم يحل به لانه امكن
اخذها وتحقيق الذكاة الاختيارية فيها بخلاف البقر لانه يتعذر اخذها حالة الصيال والتوحش
ولنا فيه نظر لانه خلاف عموم جواب الحاكم لانه قال وما توحش من الاهليات حل بما يحل به
الصيد ولفظ الاهليات يتناول الغنم ايضا وقال ايضا وان ند بعيرا وغيره وهذا الان غير البعير
اعم من ان يكون بقرا او شاة والعلة في البعير والبقر التوحش بحيث لا يقدر عليه ويخاف
ذهابه وهذا المعنى قد يوجد ايضا في الشاة واذا ندت في الصحرا ويدل عليه ايضا قول الحاكم
لانه قال فان اصاب الظلف والظلف يستعمل في البقر والشاة والظبي جميعا ثم قال شيخ الاسلام
المذكور وهذا اذا كانت خارج المصر اما اذا كانت في المصر لا تحل بالرمي لانه امكن اخذها
من غير تكلف لانها لا تعجز تحقيق الذكاة الاصلية منها فان اصاب الظلف او القرن فقتله
حل به اذا ادمى لوجود الجرح وقال الولوالجي تلقينا واه رجل ذبح شاة او بقرة فعلم حياتها او
لا لا تحرك بعد الذبح وخرج منه دم مسفوح او تحرك ولم يخرج منه دم مسفوح او خرج منه دم
مسفوح ولم يتحرك ففي الوجوه الثلاث انه يحل لانه وجد علامة الحيوة وعلامة الحيوة احد هذين
الامرين اما الدم المسفوح او الحركة وفي الوجه الرابع وهو اذا لم يتحرك ولم يخرج منه دم مسفوح

لم يحل لانه لم توجد علامة الحيوة ولكن هذا اذا لم تعلم حيوته وقت الذبح فان علم حل وان لم تتحرك ولم
يخرج منه الدم اصلا **قوله** قال واذا رمى صيدا فقطع عضوا منه اكل الصيد اي قال القدوري
في مختصره وتمامه فيه ولا يوكل العضو واما اكل الصيد لوجود الجرح وهو المبيح في ذكوة
الاضطرار والى هذا المعنى اشار بقوله لما بيناه ولا يوكل العضو المبان عندنا اذا كان
الصيد يمكنه ان يعيش بعد الابانة فان كان لا يعيش يوكل المبان والمبان منه جميعا ومذهب مالك
مثل مذهبنا وقال شيخ الاسلام خواهرزاده وقال ابن ابي ليلى والشافعي ان مات الصيد
من القطع الذي حصل به الابانة فانه يحل المبان والمبان منه وان لم يمت من القطع الذي حصل به
الابانة واحتيج الى ذكوة اخرى فالمبان لا يحل ويحل المبان منه وذكر الخرقي من اصحاب احمد بن حنبل
في العضو المبان روايتين في رواية يوكل وفي رواية لا يوكل وجه قول ابن ابي ليلى والشافعي
ان هذا المبان بسبب الذكوة فيحل كما لو ابان الراس او قطعه نصفين او قطع
الثلث من قبل الراس فمات فانه يوكل المبان لان الابانة حصلت بسبب الذكاة فكذا اذا
قطع فخذه ومات من قطع الفخذ فالمبان حصل بسبب الذكوة لان هذا القطع جعل ذكاة حالة
الاضطرار ولهذا احل الباقي بالاتفاق بخلاف ما اذا لم يمت بالقطع الذي حصل به الابانة
واحتيج الى ذكوة اخرى لانا ما علمنا ان المبان حصل بسبب الذكاة وهذا المبان لم يحصل بسبب الذكاة
لانه لم يحل الباقي بعد القطع حتى يكون الابانة حاصلة بسبب الذكاة وما ابين من الحي لا بسبب
الذكاة فهو حرام فصار تفسير قوله عليه السلام ما ابين من الحي فهو ميت اي ما ابين منه لا بسبب
الذكوة فهو ميت لاجماعنا ان المبان بسبب الذكوة يحل ولنا ما روي في السنن مسندا الى عطا
ابن يسار عن ابي واقد قال قال النبي صلى الله عليه وسلم ما قطع من البهيمة وهي حية فهي ميتة
وقال ابو الحسن الكرخي في مختصره روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ما بان من الحي فهو ميتة
ولا نعلم بين اهل العلم خلافا في ان رجلا لو قطع من الية شاة قطعة او من فخذها انه لا تحل له
الاكل ذكر قال القدوري في شرحه وهذا امر كانت تفعله الجاهلية كانوا يقطعون قطع من الية
الشاة ومن سنام البعير فياكلونها فقال عليه السلام ما بان من الحي فهو ميت فدل ذلك على انه
لان الميتة حرام والتحقيق في الباب ان يقال ان النبي صلى الله عليه وسلم ذكر الحي مطلقا والمطلق
ينصرف الى الكامل والحي المطلق هو الحي صورة وحكما فاما الحي صورة لا حكما فليس بحي كامل
لانه حي من وجه دون وجه فصار الاصل هنا ان المبان من الحي وهو حي صورة وحكما حرام اما المبان

من الحي وهو حي صورة لقيام الحيوة فيه لكنه ليس بحي حكما لانه لا يتوهم سلامته بعد القطع
فانه يحل بيانه اذا قطع راس الصيد او اكثر الراس او نصف الراس او قطعه نصفين او قطع
الثلث منه مما يلي الراس فانه يوكل المبان والمبان منه جميعا لانه لا يتوهم سلامة الصيد بعد مثل هذا
القطع فكان ذلك مبانا من الحي صورة لا حكما ولهذا لو وقع في الماء او تردى من الجبل لم يحرم في هذه
الحالة واذا قطع فخذ الصيد او يده او رجله او الثلث مما يلي العجز او قطع اقل من نصف الراس
حرم المبان لانه مبان من الحي صورة وحكما لانه يتوهم سلامة الباقي بعد مثل هذا القطع ولهذا لو
وقع في الماء او تردى من الجبل يحرم فصار تفسير الحديث ما ابين من الحي صورة وحكما فهو ميت اي
لا يحل والجواب عن قولهما انه ابان بذكاة الاضطرار فيحل فنقول حال قطع اليد لم يقع ذكاة
لبقاء الروح في الباقي فبعد زوال الروح لم يظهر اثره في المبان لانفصاله قبل حصول الذكوة
قوله ولو ضرب عنق شاة فابان راسها يحل ذكرها تفريعا وهي من مسايل الاصل قال في الاصل اذا
رجل ضرب عنق شاة بسيف وسمى فابانه من قبل الاوداج هل يوكل قال نعم وقد اساء في صنيعه
اما انها توكل لانه اتى بالذكوة وزيادة ولكن اساء لانه جاوز النخاع وقد نهى النبي عليه السلام
ان تنخع الشاة اذا ذبحت هذا اذا ضرب من قبل الاوداج فاما اذا ضرب من قبل القفا فابان الراس
فان ماتت الشاة قبل قطع الاوداج لا تحل لان الذكوة انما تحصل اذا قطع الاوداج وهي حية وقطع
الاوداج حصلت وهي ميتة وان قطع الاوداج والشاة حية حلت **قوله** ولو ضرب صيدا فقطع
يدا او رجلا ولم يبنه الى اخره ذكر هذا تفريعا ايضا وهي من مسايل الاصل ههنا على وجهين اما
ان تكون الابانة بحال يتوهم الالتيام والاندمال او لا يتوهم بان بقي متعلقا بجلده ففي الاول
توكل اليد والرجل لانه لم توجد الابانة لا حقيقة ولا اعتبارا فيحل كما يحل ساير الاجزاء
وفي الثاني لا يحل لان الابانة وجدت من حيث المعنى وان لم توجد من حيث الصورة والعبرة للمعنى
قوله ولا يوكل صيد المجوسي والمرتد والوثني وهذا لفظ القدوري في مختصره وفي بعض النسخ
والمحرم وذلك لان الجرح في الصيد بمنزلة الذكوة فمن لم يكن اهلا للذكوة فهو لا يحل صيده
ومن كان اهلا لها حل صيده كالمسلم غير المحرم واليهودي والنصراني بخلاف المجوسي اذا اخذ بيضا لا باس
باكله لانه لا حاجة للبيض الى الذكوة وبخلاف الولد الحادث بين اليهودي والمجوسي يحل ذبيحته
لان الولد يتبع خير الابوين دينا والكتابي اقرب الى الاسلام وبخلاف المسلم يصطاد بكلب
المجوسي فانه لا باس به لان الكلب بالتعليم صار آلة كالسكين والمسلم اذا ذبح بسكين المجوسي

حل فكذا اذا اصطاد بكلب المجوسي وقال شيخ الاسلام خواهرزاده وعند سمعنا ذلك **قوله**
قال ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه ولم يخرجه عن حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني اي قال
القدوري في مختصره وذلك لان الثاني هو الذي اصطاده والاول فعل سببا في الصيد فصار كمن اثار صيدا
واخذه غيره فهو للآخذ فكذا هنا ويوكل لان الثاني قتله قبل ان خرج الصيد عن حيز الامتناع باصابة
الاول فلم يوجد الحاظر **قوله** وان كان الاول اثخنه ثم رماه الثاني فقتله فهو للاول ولم يوكل
وهذا لفظ القدوري في مختصره فقال اثخنته الجراحة اي اوهنته وذلك لان الاول اخرجه
من ان يكون صيدا فصار آخذا له حكما والصيد لمن اخذه ولا يوكل لانه لما خرج عن حيز الامتناع
صار اهليا فكان ذكوته ذكاة الاختيار لا ذكوة الاضطرار ثم لما رماه الثاني صار كمن رمى
شاة فقتلها فلا تحل قال القدوري والثاني ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته الجراحة اي
جراحة الاول وذلك لانه اتلف صيدا مملوكا للاول فيضمن قيمته يوم الاتلاف لان
ضمان الاتلاف يعتبر فيه القيمة يوم الاتلاف وكان ذلك الوقت منقوصا بجراحة الاول
فلم يلزمه نقصانها وقال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي واذا اصاب السهم الصيد فاثخنه
حتى لا يستطيع براحا ثم رماه بسهم اخر فقتله لم يحل اكله لانه قد صار اهليا وان رماه آخر
بسهم فقتله لم يوكل وضمن قيمته مجروحا للاول في قول ابي يوسف ومحمد واذا كانت رمية
الثاني قبل ان يصيب الاول لم يحرم اكله ولم يلزمه غرمه وان كان الصيد يتحامل ويطير مع ما
اصابه من رمية الاول فرماه الثاني فقتله فهو للثاني حلال وان رمياه جميعا او احد بعد احد
صاحبه قبل ان يصيبه سهم الاول فقتلاه فهو لهما جميعا حلال الى هنا لفظ الحاكم رحمه الله وقال
الكرخي في مختصره ولو ان رجلين رمى كل واحد منهما صيدا بسهم فاصابا الصيد جميعا ووقعت
الرميتان بالصيد معا فمات فانه لهما ويوكل الى هنا لفظ الكرخي وذلك لانهما اشتركا في سبب
الاستحقاق وتساويا فيه فيتساويان في الاستحقاق ثم قال الكرخي في مختصره
حدثنا الهروي عن محمد بن شجاع عن الحسن عن زفر انه قال في رجلين رميا صيدا فاصابه
سهم احدهما فوقذه ثم اصابه سهم الاخر بعد ذلك فقتل قال لا يؤكل لان السهم الثاني اصابه
وهو غير صيد وقال ابو يوسف يؤكل لان الثاني ارسل سهمه وهو صيد وبه اخذ الحسن وقال
ابن شجاع قول ابي يوسف هو قول ابي حنيفة الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قال القدوري في شرحه
وهذه المسئلة فرع على اصلنا فيهم اي المعتبر في الرمي بحالة الرمي او بحال الاصابة فعندنا اصحابنا الثلاثة

ان المعتبر بحال الرمي لانه هو الذي يتعلق بفعله والمتعلق معتبر عنده وقد حصل رميهما جميعا
والصيد ممتنع فلم يتعلق بالسهم الثاني حظر الا ان الملك للاول لان سهمه اخرجه من حيز
الامتناع فصار سهم الثاني كانه وقع بصيد مملوك فلا يتعلق به شيء وعلى قول زفر ان المعتبر
بحالة الاصطياد بدلالة انه لو اصاب لم يملك وقد حصل السهم الثاني والصيد غير ممتنع فصار
كمن رمى شاة فقتلها قال وكذلك ان رمى احدهما بعد الاخر قبل اصابة الاول فهو
كرميهما جميعا معا في القولين وجملة القول هنا ما قال شيخ الاسلام خواهرزاده في شرح
الاصل الذي هو مبسوطه وهو ان هذه المسئلة تتضمن احكاما ثلاثة احدها حكم الاباحة
والثاني حكم الملك والثالث حكم الضمان اما حكم الاباحة ان لم يثخنه الرمية الاولى
او اثخنته الا ان الرمية الاولى كانت بحال لا يسلم الصيد منه ولم يبق فيه من الحيوة
الا قدر ما يكون في المذبوح بعد الذبح للاضطراب بان ابان راسه فانه يحل ولا يحرم
برمية الثاني لانه اذا لم تثخنه الرمية الاولى لم تثبت القدرة على ذكاة الاختيار حتى يحرم
برمي الثاني وان اثخنته الرمية الاولى الا ان الرمية كانت بحال لا يسلم الصيد منها فان
الموت لا يضاف الى رمية الثاني وانما يضاف الى الاولى والاولى حصلت في حال لا يقدر فيه
على ذكاة الاختيار واذا لم يكن الموت مضافا الى رمية الثاني صار وجود الرمي وعدمه
منه بمنزلة وان كانت الرمية الاولى اثخنته وكانت بحال ينجو منها الصيد فاذا رماه
الثاني ومات فانه لا يحل لان الموت مضاف الى الرميتين فمتى كانت الاولى جاز ان يبيح
الصيد فيحصل الثاني في حال القدرة على ذكاة الاختيار وذكاة الاضطرار بعد القدرة
على ذكاة الاختيار لا تفيد الاباحة فقد اجتمع المبيح والمحرم فاوجب الحرمة وان كانت الرمية
الاولى بحال لا يعيش الصيد منها الا انه بقي فيه من الحيوة اكثر مما يكون في المذبوح بعد
الذبح للاضطراب بان كان يعيش بعد ذلك يوما او دونه فعلى قول ابي يوسف لا يحل برمية
الثاني لان هذا القدر من الحيوة لا عبرة به على مذهبه كما لا عبرة اذا كان فيه من الحيوة
ما يبقى في المذبوح بعد الذبح وعند محمد يحرم لان هذا القدر من الحيوة معتبر على مذهبه فاذا
كان معتبرا على مذهبه كان الجواب في هذه المسئلة عنده كالجواب فيما اذا كانت الرمية الاولى
اثخنته وكان بحال يتوهم ان يسلم الصيد منها فمتى رماه الثاني لا يحل فكذا هذا واما
حكم الملك فانه لم يثخنه الرمية الاولى كان الصيد للثاني لان الاول لما لم يثخنه لم يصر الاول

اخذ الدبرية فيتعين ما كان فيصير ثانيا وان كان الاول اثخنه فانه يكون ملكا للاول لانه
للاصابة الصيد بحال لا يتحرك صار اخذ الدبرية فيعتبر ما لو اخذه بيده ولو اخذه بيده صار
ملكا له فكذا اذا صار اخذا له بالرمي واما حكم الضمان ذكر في الكتاب انه على قول ابي يوسف
ومحمد على الاخر قيمته مجروحا بالجراحة الاولى قال شيخ الاسلام خواهر زاده وما ذكر في
الكتاب محمول على ما اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كانت الجراحة الاولى بحال لا يكون ان يسلم
الصيد منها والثاني بحال لا يسلم الصيد منه بان ابان الثاني راسه مثلا وكان القتل كله
مضافا الى الثاني واذا صار مضافا الى الثاني فالثاني قتل صيدا مملوكا لغيره لان الرمية الاولى
لما اثخنته صار ملكا للاول ومن قتل صيدا مملوكا لغيره فانه يضمن قيمته الا انه يضمن قيمته مجروحا
بالجراحة الاولى لان الثاني قتله وهو منقوص بالجراحة الاولى فلا يضمن قيمته كاملا كما لو
قتله وهو مريض لا يضمن قيمته صحيحا فكذا هذا وقال شيخ الاسلام خواهر زاده انما حفظ
قولهما لانهما لم يحفظا الرواية عن ابي حنيفة الا ان قول ابي حنيفة بخلاف قولهما فيما اذا علم
ان الموت حصل من الجراحتين جميعا ولا يدرى قال شيخ الاسلام خواهر زاده لم يذكر هذا في
الكتاب ان الثاني ماذا يضمن ثم قال وذكر في الزيادات وقال يضمن الثاني ما نقصته جراحته
ثم يضمن نصف قيمته حيا مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمته لحمه ذكيا للاول واما يضمن
ما نقصته جراحته اولا لما لو جرح عبده ثم يضمن نصف قيمته حيا وهو جراحتان لان التلف
حصل بالجراحتين فصار القتل مضافا اليهما واذا صار القتل مضافا اليهما صار الثاني قاتلا
نصف هذا العبد وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين لان الجراحة الاولى
ما كانت من صنعه فلا يكون مضمونة عليه والثانية وان كانت من قبله الا انه ضمن مرة
فلا يضمنها مرة اخرى ثم يضمن نصف قيمة لحمه ذكيا لانه بالرمية الاولى صار بحال يحل بذكاة
الاختيار لولا رمية الثاني فهو بالرمي افسد عليه نصف اللحم فيضمن نصف قيمته لحما
بيانه ما قالوا في شروح الزيادات ان نصف الصيد تلف بفعل الاول الا ان ذلك كان يوكل لولا
فعل الثاني فصار الثاني متلفا للنصف الذي قتله الاول لحما فيغرم قيمته لحما ولم يضمن قيمة النصف
الاخر الذي قتله بنفسه لحما لانه ضمن قيمته حيا مرة فدخل فيه قيمته لحما فالجواب في حكم الاباحة
يعني في حكم الضمان لان الانسان لا يضمن ملك نفسه لنفسه قوله قال ويكره اصطياد ما يوكل
لحمه من الحيوان وما لا يوكل اي قال القدوري في مختصره وذلك لان النصوص المعممة اباحة الاصطياد

من

من الآيات والاخبار عامة ولان اصطياد ما لا يوكل لحمه فيه فائدة وهي الانتفاع بجلده او
شعره او ريشه او عظمه او دفع اذيته فيكون مشروعا كاصطياد ما يوكل لحمه والله تعالى اعلم

كتاب الرهن

مناسبة الرهن بالصيد من حيث ان كل واحد من الرهن
والاصطياد سبب مباح لتحصيل المال ثم الرهن لغة حبس الشيء باي سبب كان منه قوله تعالى
كل امرئ بما كسب رهين وفي عرف الشرع حبس العين بحق يمكن استيفاؤه منها وانما قيدنا بالحق
لان الرهن كما يصح بالدين يصح بالغصب ايضا والحق يشملها وقال القدوري في شرحه الرهن في الشرع
عبارة عن عقد وثيقة بمال وبذلك ينفصل من الكفالة والحوالة لانهما عقد وثيقة بذمة وينفصل
من المبيع في يد البائع لانه وثيقة وليس بعقد على وجه والاصل في مشروعية الرهن الكتاب
والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة
والرهان جمع الرهن كالجبال والزناد في جمع الجبل والزند وقرأ ابو عمرو وابن كثير فرهن
مقبوضة وهي جمع الجمع واما السنة فما ذكر محمد في الاصل عن ابي يوسف عن الاعمش عن ابراهيم
عن الاسود عن عائشة رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما
بنسيئة ورهنه به درعه واجماع الامة على هذا فانا لم نجد عصرا من الاعصار يرهنون
ويرتهنون وسعي بالديون وحديث البخاري في الصحيح باسناده الى الاسود عن عائشة ان النبي
صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما الى اجل ورهنه درعه افادنا ذكر محمد فوائد
احدها انه لا باس بالبيع والشرا نسيئة ولا كراهة فيه ومن الناس من قال يكره لما فيه من طول
الامل فانه روي عن اسامة انه اشترى شيئا بدراهم نسيئة شهرا فبلغ ذلك رسول الله صلى
الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام ان اسامة لطويل الامل والله لا افتح عيني لا
اخشى على نفسي الموت قبل ان اردهما وعامة العلماء لم يروا به باسا فهو في الحديث
وفيه دليل انه لا باس بالاستدانة فان الشرا نسيئة استدانة وكان ذلك مكروها في ابتداء
الاسلام لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يشدد في امر الدين وكان لا يصلي على من مات
وعليه دين ثم رخص في ذلك ووعد لمن عليه الدين وعنده اجلا وكان يقول ان الله في عون
العبد المسلم اذا كان عليه دين وهو يريد قضاه ولكن الافضل للانسان ان يتسارع الى
٢ قضا به لئلا يدركه الموت ٢ فانه لا حائل من الجنة والعبد بين الكفر الا الدين الا ان يتفضل
الله تعالى فيرضي خصمه وفيه دليل على انه لا باس بالشرا ٢ مطلقا مع اهل الذمة وفيه دليل انه لا

لا بأس برهن السلاح منهم فانه صلى الله عليه وسلم رهن بثمن الطعام درعه وهذا اذا لم يكن لهم قوة
اما اذا كان لهم قوة يكره ذلك كما يكره البيع منهم كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي رح
شرح الكافي وقال اصحابنا يجوز الرهن في السفر والحضر جميعا وقال في الكشاف وعن مجاهد والضحاك
انهما لم يجوزاه الا في حال السفر اخذا بظاهر الآية ولنا حديث عائشة رضي الله عنها انه عليه الصلاة والسلام
استقرض بالمدينة من يهودي طعاما ورهنه درعه ولان كل عقد جاز في السفر جاز في الحضر
كعقد البيع وقوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة انما خص السفر
لان الغالب ان الانسان لا يتمكن فيه من الكتاب والاشهاد فيستوثق بالرهن وفي حال الحضر
يتمكن من الاستيثاق بالكتاب والشهود فلذلك لم يذكر الرهن فيه قوله ولانه عقد وثيقة
لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة بيانه ان الدين له طرفان
طرف الوجوب وطرف الاستيفاء لانه يجب اولا في الذمة ثم يستوفى المال بعد ذلك ثم الوثيقة
بطرف الوجوب الذي يختص بالذمة وهي الكفالة جائزة فكانت الوثيقة بطرف الاستيفاء
الذي يختص بالمال جائزة ايضا اعتبارا بطرف الوجوب بل بالطريق الاولى لان الاستيفاء
مقصود والوجوب وسيلة الى المقصود فلما شرعت الوثيقة في حق الوسيلة فلان تشرع في
حق المقصود اولى كذا قاله شيخ الاسلام خواهرزاده والوثيقة ما يوثق به الشيء ويؤكد به
قوله قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض اي قال القدوري في مختصره انما
اعتبار الايجاب والقبول فان الرهن عقد ولا بد للعقد من الايجاب والقبول كما في سائر العقود
والايجاب والقبول ركن العقد لانه لا يكون الا بهما واما اعتبار القبض فهو شرط لصحة الرهن
وجوازه عندنا وقال مالك يصح بالايجاب والقبول بدون القبض لانه عقد مختص بالمال
من الجانبين فلا يشترط فيه القبض كالبيع ولنا قوله تعالى فرهان مقبوضة وصف الرهن بكونه مقبوضا
والنكرة اذا وصفت عمت كقوله والله لا اكلم الا رجلا كوفيا فيقتضي ان يكون كل الرهن مشروعا
بهذه الصفة ولانه عقد تبرع بدلالة ان الانسان لا يجبر عليه فلا يتعلق به الاستحقاق
الا بمعنى ينضم اليه كالوصية ولان الراهن لو مات قبل ان يقبض المرتهن لم يجبر ورثته على
القبض فلو تعلق الاستحقاق بمجرد العقد لزم ورثته كالبيع وقول صاحب الهداية قالوا الركن
الايجاب بمجرده اي قال بعض المشايخ اشارة الى ما قال شيخ الاسلام خواهرزاده لانه قال
الرهن قبل القبض جائز الا انه غير لازم وانما يكون لازما في حق الراهن بالقبض فكان القبض

شرط

شرط اللزوم لا شرط الجواز كما في الهبة وما قال صاحب الهداية وخواهرزاده كلاهما ضعيف
اما قول صاحب الهداية فلانه جعل ركن الرهن مجرد الايجاب ولم يذكر القبول وركن الشيء
ما يقوم به ذلك الشيء ولا قيام للعقد بدون الايجاب والقبول والايجاب ان يقول المديون رهنتك
هذا بمالك علي من الدين او يقول خذ هذا الشيء رهنا بدينك ونحو ذلك ويقول الدائن قبلت
واما قول خواهرزاده فلانه خلاف الرواية وخلاف النص اما خلاف الرواية فلان محمدا
قال في كتاب الرهن لا يجوز الرهن الا مقبوضا وقال الحاكم الشهيد في الكافي لا يجوز الرهن غير
مقبوض وقال الطحاوي في مختصره ولا يجوز الرهن الا مقبوضا مفرغا محوزا اخارجا عن
يد راهنه الى يد مرتهنه او الى يد من يثق راهنه ومرتهنه ان يكون في يده دون ايديهما
عدلا فيه لهما وقال ابو الحسن الكرخي في مختصره قال ابو حنيفة ورحمه الله وابو يوسف ومحمد والحسن
بن زياد ولا يجوز الرهن الا مقبوضا محوزا منفصلا من غيره غير متعلق بما لم يقع عليه
عقد الرهن وهذا كله يدل على ان الرهن لا يجوز بدون القبض فعلم ان القبض شرط الصحة
لتوقف الجواز على القبض واما خلاف النص فلانه تعالى قال فرهان مقبوضة فقد قيد
الرهن بالقبض ومن هنا ان المطلق يجري على اطلاقه والمقيد يجري على تقييده فلا يجوز الغاء
التقييد كما لا يجوز الغاء الاطلاق اراد به قوله تعالى فرهان مقبوضة
قوله والمصدر المعروف يجري الفاء في محل الجزاء يراد به الامر كما في قوله تعالى فعدة من ايام
اخر وقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة اي فليصم عدة وليحرر رقبة وقد سمى صاحب الهداية
الرهان مصدرا كما ترى وكذلك ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي وغيرهما في شرح الكافي
ولنا فيه نظر لانه خلاف ما ثبت من قوانين اللغة كالجمهرة وديوان الادب وغيرهما لانهم
قالوا الرهان جمع رهن وجمع الرهن رهون ورهن بضمتين والرهينة بمعنى الرهن ايضا
وجمعها رهائن نعم الرهان يجيء مصدرا من قولهم راهنه على كذا اي خاطره مراهنة
ورهانا من باب المفاعلة ولكن ليس ذلك مما نحن فيه فلو كان المصدر هو المراد
الا انه لم يحتج في صيغة الرهان الى تاء التأنيث فافهم قوله ولهذا لا يجبر عليه هذا ايضا
لكون الرهن عقد تبرع يعني ولانه عقد تبرع لا يجبر الراهن على الرهن قوله فلا بد من امضائه
اي انفاذ الرهن وامضاؤه بالقبض يعني لا بد لثبوت الاستحقاق من الامضاء
كما في الهبة انها عقد تبرع لا يستحق الا بالامضاء ولكن امضاؤها هاهنا بان لا يرجع عنها

في ظاهر الرواية
صحيحا او دية له قوله ثم يكتفي فيه بالتخلية فكذا هنا وروي عن ابي يوسف
اي في القبض واراد بالتخلية رفع الموانع من القبض يعني ان الراهن اذا خلى بين المرتهن
والمرهون يعتبر ... اذا جعل البائع مثل ذلك بالمبيع والمشتري وهذا لان قبض الرهن قبض
واجب بحكم عقد مشروع فكان كقبض المبيع فثمة يكتفي بالتخلية فكذا هنا وروي عن ابي يوسف
انه فرق بين المرهون والمبيع فثمة اكتفى بالتخلية وفي المرهون اشترط النقل اذا كان المرهون
نقليا وذلك لان قبض الرهن موجب للضمان ابتداء بعقد الرهن لان الضمان انتقل من محض
الشخص فكان قبض الرهن كقبض الغصب لانه موجب للضمان ابتداء ايضا وفي الغصب
شرط النقل للضمان ولا يثبت بالتخلية فكذا هنا بخلاف الضمان في المبيع فانه قبل قبض المشتري
كان مضمونا على البائع بالثمن وبالقبض انتقل الضمان عنه الى المشتري فلم يكن مضمونا ابتداء
فاكتفي بالتخلية قوله والاول اصح اي ظاهر الرواية وهو ثبوت القبض بمجرد التخلية بدون
اشتراط النقل اصح لان الرهن انما يقبض لجهة استيفاء الدين من هذه الحيثية اي الكمال
ورقبة عند الهلاك فكان للرهن حكم استيفاء الدين ثم ان الراهن اذا خلى بين المرتهن
ودينه يعتبر قابضا وذلك حقيقة الاستيفاء فكذا يعتبر قابضا اذا خلى بينه وبين الرهن
وهو جهة الاستيفاء قوله قال فاذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا متميزا تم العقد فيه
اي قال القدوري في مختصره يعني تم عقد الرهن في المرهون وذلك لان قبضه على هذه
الصفة قبض صحيح فتم العقد به قالوا قوله محوزا احتراز عن رهن التمر على النخل وعن
رهن الزرع في الارض لان المرتهن لم يحزه وقوله مفرغا احتراز عن عكسه وهو رهن
النخل دون التمر ورهن الارض دون الزرع لان المرهون ليس بمفرغ عما لم يقع عليه عقد
الرهن بل هو مشغول بغيره وقوله متميزا احتراز عن رهن المشاع كرهن نصف العبد او الدار
او الثوب وبيان هذه القيود يجيء انشاء الله تعالى في اول الباب من قوله ولا يجوز رهن المشاع
الي قوله ولا يصح الرهن بالامانات قوله وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلمه وان شاء
رجع عن الرهن وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان الرهن لا يلزم قبل القبض
فكان مخيرا في التسليم والرجوع وانما قلنا هذا لان المقصود من الرهن ملك اليد
والحبس بجهة الاستيفاء وهذا المعنى لا يحصل قبل القبض او نقول المقصود من الرهن الحاق الهم
الراهن بكونه محبوسا عند المرتهن حتى يضجر ويتسارع الى اداء الدين وهذا لا يكون بدون

القبض او نقول المقصود منه صيانة حق المرتهن عن مزاحمة سائر الغرماء في الرهن وهذا
المعنى لا يتحقق الا بالقبض قوله قال واذا سلمه اليه فقبضه دخل في ضمانه اي قال القدوري
في مختصره والكلام هنا في نفس الضمان ان الرهن مضمون ام لا فعندنا مضمون وعند الشافعي
امانة واما الكلام في كيفية الضمان فسيجيء عند قوله وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين
وحجة قول الشافعي ما روى الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى ابن شهاب عن ابن المسيب ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يغلق الرهن قال ابن شهاب وكان ابن المسيب يقول الرهن ممن
رهنه له غنمه وعليه غرمه وحدث الطحاوي ايضا باسناده الى ابن جريج عن عطاء وسليمان بن موسى
قالا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن فقال قائل له قال رسول الله لا يغلق الرهن
لصاحبه غنمه وعليه غرمه ثبت بذلك ان الرهن لا يضيع بالدين وان لصاحبه غنمه وهو سلامته
وعليه غرمه وهو غرم الدين بعد ضياع الرهن قال الطحاوي وهذا تاويل انكره اهل العلم
جميعا باللغة وزعموا انه لا وجه له عندهم ولان الرهن شرع وثيقة بالدين لصيانته وسقوط
الدين بهلاك الرهن يضاد الصيانة فكان مردودا ولانه قبض مال غيره ديانة عن تملك
فلا يملك عليه قياسا على ما اذا بلي قدر الدين ولنا ما حدث الطحاوي في شرح الآثار عن
محمد بن خزيمة قال حدثنا عبيد الله بن محمد التيمي قال اخبرنا عبد الله بن المبارك قال اخبرنا
مصعب ابن ثابت عن عطاء بن ابي رباح ان رجلا ارتهن فرسا فنفق في يد المرتهن فقال
رسول الله ذهب حقك فدل هذا على قول رسول الله صلى الله عليه وسلم على بطلان الدين
بضياع الرهن قال القدوري في شرحه ولا يجوز ان يكون المراد ذهب حقك من الامساك
لان ذلك يعلم مشاهدة ولا من المطالبة برهن اخر لان ذلك لم يكن حقا له فلم يبق الا
ان يكون المراد ذهب حقك من الدين قال الطحاوي فان قيل هذا منقطع قيل له فالذي
تاولتم ايضا منقطع فان كان المنقطع حجة لكم علينا فالمنقطع ايضا حجة لنا عليكم وقال الطحاوي
فان قال انما قبلته وان كان منقطعا لانه عن سعيد بن المسيب ومنقطع سعيد يقوم مقام
المتصل قيل له ومن جعل لك ان تخص سعيدا بهذا وتمنع منه مثله من اهل المدينة مثل ابي سلمة
والقسم وسالم وعروة وسليمان بن يسار وامثالهم من اهل المدينة والشعبي وابراهيم النخعي
وامثالهما من اهل الكوفة والحسن وابن سيرين وامثالهما من اهل البصرة وكذلك من كان في عصر من
ذكرنا من سائر فقهاء الامصار ومن كان فوقهم من الطبقة الاولى من التابعين مثلك

علقمة والاسود وعمرو بن شرحبيل وعبيدة وشريح لئن كان هلاكه هلك مطلقا في سعيد بن المسيب فانه
مطلق لغيرك ممن ذكرنا وان كان غيرك ممنوعا من ذلك فانك ممنوع من مثله لان هذا الحكم
وليس لاحد ان يحكم في دين الله بالتحكم ولادعى الطحاوي ايضا عن سعيد بن المسيب وعروة بن
الزبير والقسم بن محمد وابي بكر بن عبد الرحمن وخارجة بن زيد وعبيد الله بن عبد الله موقوفا
ومرفوعا انهم قالوا الرهن بما فيه اذا هلك وعميت قيمته ثم اعلم ان احدا من الصحابة والتابعين
لم يرد وعنه ان الرهن في مقدار الدين ليس بمضمون بل هم اتفقوا انه مضمون في مقدار الدين
وانما اختلفوا في الزيادة على قدر الدين فقول عمر رضي الله عنه هي امانة وقول الخصم انه امانة
في مقدار الدين خرق للاجماع فلا يسمع ولان احكام العقود الشرعية تقتبس من الفاظها الدالة
عليها فان العقد شرعي يقع باللفظ فلا بد من مراعاة معنى اللفظ ليكون العقد شرعيا صحيحا وقد ورد
الشرع باسم الرهن وهو منبئ عن الحبس قال تعالى كل نفس بما كسبت رهينة اي محتبسة فصار
موجب الرهن احتباس العين بالدين فلما كانت محتبسة به سقط الدين بهلاكها ولان الرهن
شرع وثيقة بالدين الا ترى انه اقيم مقام الاشهاد والكتاب في قوله تعالى وان كنتم على
سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة والكتاب يقصد به الوثيقة فكذا الرهن يقصد به
الوثيقة بجانب الاستيفاء حتى يكون موصلا اليه لانه يؤمن عن جحود الراهن الدين لانه
لا يجحد خوفا عن جحود المرتهن الرهن ولانه يضجر بكون الرهن في يد المرتهن فيتسارع الى اداء
الدين لضجره او لحاجته الى العين فاذا كان كذلك كان مستوفيا من وجه لان استيفاء الدين
ليس الا تمليك العين بالدين وقد تقرر الاستيفاء بالهلاك فلو استوفى ثانيا ادى الى الربوا فلا
يجوز بخلاف حال قيام الرهن لان هذا الاستيفاء ينتقض برد العين الى الراهن فلا يؤدي
الى تكرار الاستيفاء ولانه عقد يختص بعين من احدى الجنبتين ودين من الاخرى فاقتضى
الضمان كالسلم ولانه مقبوض بجهة الاستيفاء والمقبوض على جهة الاستيفاء كالمقبوض
على حقيقته الا ترى ان المقبوض على وجه السوم لما قبض على جهة التمليك كان كالمقبوض
على وجه التمليك في الضمان وكيف يقال انه امانة وفي الامانات ياخذها صاحبها متى
شاء وكذلك في العارية وليس للراهن ان ياخذ الرهن متى شاء حتى يؤدي الدين
او يبرئه المرتهن فعلم انه مضمون بالدين وحجة اخرى انه لما كان للبائع حبس السلعة
بالثمن ليستوفيه فاذا هلك هلك بالثمن فكذا الرهن لما كان محبوسا بالدين اذا

هلك هلك بالدين الجواب عن حديث الخصم فنقول قال ابو عبيد القسم بن سلام الهروي قوله لا
يغلق الرهن قد جاء تفسيره عن غير واحد من الفقهاء قال حدثنا هشيم عن مغيرة عن ابراهيم في رجل
دفع الى رجل رهنا واخذ منه دراهم فقال ان جئتك بحقك الى كذا وكذا والا فالرهن لك بحقك
فقال ابراهيم لا يغلق الرهن قال ابو عبيد فجعله جوابا لمسئلته وقد روي عن طاوس نحو هذا
المعنى ذلك عن ابن عيينة عن عمرو عن طاوس قال واخبرني ابن مهدي عن مالك بن انس وسفيان
ابن سعيد انهما كانا يفسرانه على هذا التفسير قال ابو عبيد وقد ذهب بمعنى هذا الحديث بعض
الناس الى تضييع الرهن يقول اذا ضاع عند المرتهن فانه يرجع على صاحبه فياخذ منه الدين وليس
يغرمه تضييع الرهن قال ابو عبيد وهذا مذهب ليس عليه اهل العلم ولا يجوز في كلام العرب ان يقال
للرهن اذا ضاع قد غلق انما يقال غلق اذا استحقه المرتهن فذهب به وكان هذا من فعل الجاهلية
فرده صلى الله عليه وسلم وابطله بقوله لا يغلق الرهن وقد ذكره بعض الشعراء في شعره قال زهير
يذكر امراة وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا يقول انها
ارتهنت قلبه فذهبت به فاي تضييع ههنا فاما الحديث الاخر له غنمه وعليه غرمه
قال حدثنيه كثير بن هشام عن جعفر بن برقان عن الزهري عن سعيد بن المسيب يرفعه انه قال
ذلك وهذا ايضا معناه معنى الاول لا يفترق فانه يقول يرجع الرهن الى ربه فيكون له غنمه
ويرجع رب الحق عليه بحقه فيكون غرمه عليه ويكون شرطهما الذي اشترطا باطلا فهذا كله
معناه اذا كان الرهن قائما بعينه ولم يضع فاما اذا ضاع فحكمه غير هذا الى هنا لفظ
ابي عبيد في كتابه وحدث مالك في الموطا عن ابن شهاب عن ابن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال لا يغلق الرهن قال مالك وتفسير ذلك فيما نرى ان يرهن الرجل الرهن بالشيء
وفي الرهن فضل عما رهن به فيقول الراهن للمرتهن ان جئتك بحقك الى اجل يسميه له
والا فالرهن لك بما فيه فهذا لا يصلح ولا يحل وهذا الذي نهي عنه فان جاء صاحبه بما فيه
بعد الاجل فهو له وقال الطحاوي في شرح الاثار ذهبوا في تفسير قول سعيد بن المسيب
يعني ابا حنيفة وابا يوسف ومحمدا له غنمه وعليه غرمه الى ان ذلك في البيع اذا بيع الرهن بثمن فيه
نقص عن الدين غرم الراهن ذلك النقص وهو غرمه المذكور في الحديث وان بيع بفضل
عن الدين اخذ الراهن ذلك الفضل وهو غنمه المذكور في الحديث وقال بعض اصحابنا في
طريقة الخلاف له تاويلان احدهما ان له زوائده من الصوف واللبن وعليه نفقته والثاني

فان الايد المرتهن
اقل من بادة ثمنه وعليه نقصانه عند البيع وهذا اذا لا يد بالصاحب الراهن
نعمته لم يعني ان تزداد ايده تكون رهنا عنده وعزمه عليه يعني اذا هلك الرهن سقط دينه قال
القدوري في شرحه وقد اعتبر الشافعي هلاك الرهن بموت الكفيل يعني ان كل واحد من الكفالة
والرهن للتوثق ثم بموت الكفيل لا يسقط الدين فكذا بهلاك الرهن قال وهذا القياس صحيح لان
التوثق يقع بذمة الكفيل في مقابلة ذمة الغريم والتوثق بذمة الغريم لا يوجب ان يكون مضمونا
على صاحب الدين ولكن تكل التوثق بذمة الكفيل والرهن يتوثق به في مقابلة الدين فلو قبض
الدين كان مضمونا عليه فكذلك اذا قبض ما يتوثق به منه ولا يقال ان قبض المرتهن لو تعلق
به الضمان لم يرجع المرتهن على الراهن بما لحقه من الضمان عند الاستحقاق كما لا يرجع الغاصب
لان امساك المرتهن يقع لمنفعته ولمنفعة الراهن بدلالة ان الدين يسقط عن الراهن بتلف الرهن
فصار كقبض المستاجر لما كان فيه منفعة المؤجر والمستاجر رجع المستاجر بالضمان واما
قبض الغاصب فلا منفعة فيه للمالك فلذلك لم يرجع قوله قال ومعناه اي قال الشافعي معنى قوله
عليه الصلاة والسلام لا يغلق الرهن اي لا يصير مضمونا بالدين وقال في الفائق يقال غلق الرهن
غلوقا اذا بقي في يد المرتهن لا يقدر على تخليصه وكان من افاعيل الجاهلية ان الراهن
اذا لم يود ما عليه في الوقت الموقت ملك المرتهن الرهن ورايت في اشعار السالكين
عبيد الله بن عمران المرزباني قال اخبرني محمد بن يحيى الصولي قال يروى ان ترنج حظية الامين
استاذنت المعتصم وهو شخص الى بغداد ان ياذن لها في اتيان قبر مولاها فضربت عليه
فسطاطا وجعلت تبكي وتنوح بشعرها ؏ يا مالكا لست بناسيه ؏ نعى الي العيش ناعيه
والله ما كنت ارى انني ؏ اقوم في الباكين ابكيه ؏ والله لو يقبل مني الفدا
لكنت بالمهجة افديه ؏ عاذلتي في جزعي اقصري ؏ قد غلق الرهن بما فيه
وترنج اسم جارية المامون الخليفة نفق يقال نفقت الدابة اذا هلكت نفوقا ونفق السلعة
اذا راج نفاقا قوله ولا وجه الى استيفاء الباقي بدونه لانه لا يتصور اي لا وجه الى
استيفاء الباقي وهو الرهن القائم بدون ملك اليد يعني رد الرهن الى صاحبه يفوت
ملك اليد عن المرتهن ولا يمكن القول بالاستيفاء لان استيفاء المرتهن دينه من الرهن
بدون ملك اليد لا يتصور لانه محال فاذا لم يكن الاستيفاء وطولب الراهن باداء الدين
لا يلزم الربوا لانه يتكرر الاستيفاء قوله والاستيفاء يقع بالمالية اما العين امانة

قوله

وهذا

وهذا جواب عن سؤال بان يقال لا نسلم ان الرهن استيفاء للدين من وجه فلو كان استيفاء للدين
لا يخلو اما ان كان استيفاء لعين الدين او استيفاء لبدل الدين لا وجه الى الاول لان الرهن
ليس من جنس الدين واستيفاء الدين لا يكون الا من جنسه ولا وجه الى الثاني لاجماعنا ان الرهن
بالمسلم فيه وببدل الصرف قبل القبض يجوز مع ان الاستبدال بهما قبل القبض لا يجوز فاجاب
عنه بهذا اي اندفع السؤال لان المجانسة ثابتة باعتبار صفة المالية فكان العين كالكيس
ولو كان ادى جندا من الدراهم في الكيس يكون ما في الكيس مضمونا دون الكيس فكذا هنا ما في
العين من صفة المالية مضمون دون العين فانها امانة لانها ملك الراهن ونفقتها عليه
وتحقيق الجواب هنا ان يقال اما من حيث ملك اليد فهو استيفاء لعين الدين لان ملك اليد
يعتمد التجانس في المالية وقد وجد واما من حيث ملك الرقبة فهو استيفاء لبدل الدين
ولكن من معنى العين وهو المالية لا من صورة العين وذا انما لان العين ملك الراهن وهو
امانة في يد المرتهن وهلك على ملك الراهن فلهذا جاز الرهن بالسلم والصرف لان الممنوع
عنه شرعا ثمه هو الاستبدال صورة ومعنى وهذا استبدال معنى لا صورة فان
قلت قولكم يتقرر الاستيفاء بالهلاك فلا نسلم لان الاستيفاء على نوعين نوع يتقرر بالهلاك
كاستيفاء الثمن بعد تسليم المبيع فانه يتقرر عند هلاك المبيع ونوع ينتقض عند الهلاك
كاستيفاء الثمن قبل تسليم المبيع فانه ينتقض بهلاك المبيع ولم قلتم ان هذا الاستيفاء لا ينتقض
بهلاك المرهون كما ينتقض في حالة الفكاك فان النقض لا يودي الى الربوا قلت انما
ينتقض القبض والاستيفاء برد العين الى المالك واعادة يده اليه كما في حالة الفكاك
وكما في حال هلاك المبيع قبل القبض ولم يوجد ذلك في صورة هلاك المرهون فلم ينتقض
بل تقرر الاستيفاء بالهلاك لان الشيء بانتهائه يتقرر فاذا تقرر استيفاء الدين بهلاك
المرهون ثم لو وجب على الراهن ايفاء الدين ثانيا من مال اخر يتكرر الاستيفاء لا محالة
فيودي الى الربوا وانه حرام قوله وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق
الصيانة جواب عن قول الشافعي ان الرهن وثيقة بالدين شرعا صيانة للدين والسقوط
بالهلاك يضاد الصيانة فقال لا نم انه يضاد الصيانة بل يحقق الصيانة لانه لما تقرر
استيفاء الدين بالهلاك لم يذهب الدين بلا شيء حتى يفوت معنى الصيانة بل تحقق معنى الصيانة
حيث سقط بهلاك الرهن ولم يسقط مجانا وانما يبطل معنى الصيانة اذا قلنا بتوى الدين مجانا

ولم تنقل كما نقلنا عناية ساني الباب الا ذمة الراهن تفرغ عن الدين بجعل المرتهن مستوفيا دينه
بهلاك الرهن وفراغها لا يضاد معنى الضمانة لانه اذا حصل الاستيفا حصل الفراغ ضرورة
والا لم يكن الاستيفا استيفا كما في الحوالة انها شرعت وثيقة لضمانة حق الطالب بالحوالة
تفرغ ذمة المحيل عن الدين ولا يضاد فراغها معنى الوثيقة والضمانة فكذا هنا **قوله**
فالاصل ان عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفا
عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفا منه عينا بالبيع حكمه امانة فان المرتهن
كان له ان يطالب الراهن بايفا الدين من غير تعيين المحل ومع عقد الرهن يطالبه بالايفا
من هذا المحل بعينه وقال في طريقة الخلاف المطولة البرهانية عند علمائنا حكم الرهن
استيفا العين بالدين في حق ملك اليد والحبس من حيث انه مال لا من حيث انه عين
وعنده حكم الرهن ثبوت ولاية مطالبة البيع واختصاصه بمالية العين من بين
ساير الغرما وقال في المختلف حكم الرهن عند الشافعي صيرورة المرتهن احق بثمنه
عند البيع وحق المطالبة ببيعه وعندنا ملك اليد والحبس بجهة الاستيفا بدا في الحال
على وجه يصير حقيقة الاستيفا عند الهلاك فيسقط الدين بهلاكه وعلى هذا تبنى
مسايل منها ان الرهن عنده امانة واذا هلك لا يسقط الدين وعندنا يسقط ومنها
ان حكم الرهن لا يسري الى الولد عنده لان تعيين عين لقضا الدين لا يوجب تعيين غيره
وعندنا يسري لانه صفة شرعية للام فيسري الى الولد كملك الرقبة ومنها ان رهن
المشاع يجوز عنده لان المشاع قابل للبيع واستيفا الدين من ثمنه وعندنا لا يجوز لان
ملك الحبس يقتضي تصور الحبس وحبس المشاع وحده لا يتحقق ومنها ان الراهن
يملك استرداده لانه ملكه وتعيينه لقضا الدين من ثمنه لا يبطل باسترداده وعندنا
لا يملك لان فيه ابطال ملك اليد والحبس عليه ومنها ان للراهن ان ينتفع بالمرهون
ويشرب لبنها لانه باق على ملكه وعندنا ليس له ذلك لان فيه ابطال ملك اليد عليه
ومنها ان الراهن اذا اعتق عبده المرهون بطل اعتاقه وعندنا ينفذ ويضمن قيمته
ان كان موسرا ويكون رهنا مكانه وان كان معسرا اسعى العبد في قيمته لان
الاعتاق لا في حق الغير بالابطال فلا يتعدى كبيع الراهن المرهون ولنا انه اعتق
ملك نفسه لان حكم الرهن ملك اليد فيبقى ملك الرقبة له والاعتاق يصادف ملك

الرقبة

الرقبة الا انه يبطل حق المرتهن ضمنا وتبعا فلا يمنع نفاذه ويجب جبر حقه بالضمان وهذه هي
عدة المسايل التي ذكر تعدادها جملة في كفاية المنتهي **قوله** قال ولا يصح الرهن الا بدين مضمون
اي قال القدوري في مختصره وقيد الدين بالمضمون على وجه التاكيد والا فجميع الديون مضمونة
كذا قال في شرح الاقطع وقيل اراد بالدين المضمون ما كان واجبا للحال اي لا يصح الا بدين
واجب للحال لا بدين سيجب واحترز به عن الرهن بالدرك فانه لا يصح وهو عبارة عن ضمان
الثمن عند استحقاق المبيع وقيل احترز به عن بدل الكتابة فان الرهن به لا يصح لان المضمون هو
الذي لا يسقط الا بالادا او الابرا وبدل الكتابة ليس كذلك لانه يسقط بتعجيز النفس وفي
القنية ويجوز الرهن ببدل الكتابة والاصح ما قاله في شرح الاقطع قال الشيخ ابو الحسن الكرخي
في مختصره الرهن جايز بالديون كلها ما كانت من اي وجه ثبتت من كيلية او موزونة
او معدودة او غير ذلك من ساير العقود ما ثبت بالبياعات والاجارات والكفالات والحوالات
وغير ذلك من ساير العقود وكذلك ما ثبت بقرض او غصب او استهلاك مال وكذلك ما ثبت
بعقد النكاح والخلع والصلح من دم عمد او صلح من جراحة عمد من عروض او حيوان من
الرقيق او غيره فالرهن بذلك كله جايز ولا يجوز الرهن بالاعيان ما كان منها امانة
من الودايع والعواري والمضاربات والشركة فانه لا يجوز الرهن بها لان مقتضاه الضمان
فالعين المضمون لا يوجد معنى الرهن فيه قال ويجوز الرهن بالاعيان المتزوج عليها والمختلع
والمصالح عليها من دم العمد وذكر لانها مضمونة بانفسها الا ترى انها اذا هلكت وجب مثلها
ان كان لها مثل او قيمته ان لم يكن لها مثل واما اذا تزوجها على دراهم بعينها واعطى بها رهنا
لم يجز في قول اصحابنا وقال زفر يجوز قال القدوري وهذا فرع على اختلافهم في تعيين
الدراهم فان عندنا انها لا تتعين وانما يجب مثلها في الذمة فقد اخذ رهنا بما ليس بمضمون
وعند زفر انها تتعين كالثياب ويجوز على هذا ان يكون قوله بدين مضمون احترازا عن الدراهم
المتزوج عليها بعينها فافهم وقال القدوري في شرحه قالوا في قتل العمد اذا صالح الولي على عبد او ثوب
بعينه ورهن بذلك رهنا مقبوضا جاز وهذا على ما قدمنا ان البدل مضمون بنفسه فان
كان القتل خطا فصالحه من ذلك على عبد او ثوب او شي مما يكال او يوزن بعينه ثم رهنه بذلك
رهنا مقبوضا لم يجز لان البدل ههنا غير مضمون بنفسه الا ترى انه عين مملوك بسبب يلحقه
الفسخ فاذا هلك انفسخ الصلح فصار كالمبيع وقال الفقيه ابو الليث في كتاب العيون ذكر

لا يجوز الرهن بالاعيان اذا كانت امانة او مضمونة بغيرها قال
ابو الحسن الكرخي في كتابه وقال الاعيان المغصوبة والمردود عليها ونحو ذلك فان هلك الرهن
وان كانت مضمونة بنفسها جاز مثل اعيان المغصوبة والمردود عليها ونحو ذلك فان هلك الرهن
في يده فانه يضمن الاقل من قيمة الرهن ومن قيمة العين ويأخذ العين وان هلكت العين
قبل هلاك الرهن فان الرهن يكون رهنا بالقيمة واما المضمون بغيره فمثل المبيع لو اخذ المشتري
به رهنا فهلك هلك بغير شيء لان المبيع لو هلك لا يضمن شيئا قال الفقيه ابو الليث هذا
الفصل الآخر خلاف رواية المبسوط لانه قال في هذا الكتاب في الصرف اذا اشترى سيفا فاخذ
به رهنا فهلك الرهن فانه يضمن الاقل من قيمته ومن قيمة السيف وقال في شرح الطحاوي
ولا يجوز اخذ الرهن بما يصير مضمونا في الذمة في ثاني الحال كما ان يأخذ من البائع رهنا
بالدرك فالرهن باطل اذ يأخذ رهنا بما ثبت له عليه في المستقبل فالرهن باطل ثبت بعد
او لم يثبت وليس له ان يحبس الرهن به فان هلك في يده قبل الحبس هلك امانة وبعد
الحبس يهلك مضمونا عليه كالغصب وليس الرهن كالكفالة انها تجوز بما يصير مضمونا
عليه في ثاني الحال كما اذا كفل بما ذاب له على فلان لان الكفالة تجوز تعليقها بالخطر لان
الكفالة التزام مطالبة والرهن يجعل قيدا ولان الرهن ايفاء وفي الايفاء استيفاء فيحصل به
معنى المبادلة كالبيع ولو اخذ الرهن بشرط ان يقرضه كذا فهلك في يده قبل ان يقرضه
هلك بالاقل من قيمته ومما سمى له من القرض لانه قبضه بسوم الرهن والمقبوض
بسوم الرهن مضمون كالمقبوض بسوم البيع اذا هلك في يد المساوم يضمن قيمته
وان قبضه باذن صاحبه كذا في شرح الطحاوي قوله ويرد على هذا اللفظ الرهن
بالاعيان المضمونة بانفسها فانه يصح الرهن بها ولا دين اي يرد الاشكال على قوله
ولا يصح الرهن الا بدين مضمون لان الرهن كما يصح بالدين يصح بالعين المضمونة
بنفسها كالغصب ثم اعتذر عن هذا الاعتراض بان الواجب الاصلي في الغصب القيمة
على ما عليه اكثر المشايخ فاذا كان كذلك اندفع الاعتراض لان الدين يشمل الغصب ايضا
قال في النهاية ما في الباب ان القيمة ليست بواجبة في الحال وانما تجب القيمة بعد الهلاك ولكن الموجب قيمته
بعد الهلاك هو القبض السابق بدليل ان قيمة الغصب تعتبر يوم القبض وكان الرهن بالغصب
رهنا بالقيمة بعد وجود سبب وجوب القيمة فصح الا ترى ان الكفالة بالمغصوب تصح وان كانت
الكفالة بالعين لا تصح والحوالة المقيدة بعين تبطل بهلاك العين كما اذا كانت الحوالة بالالف

والبع

وديعة ولو كانت الحوالة بالالف المغصوبة لا تبطل بالهلاك فعلم ان الموجب الاصلي هو القيمة هذا هو
الحاصل من معنى كلامه قلت لا يرد على القدوري الاعتراض لانه لا ينفي صحة الرهن بالاعيان المضمونة
بنفسها بل صرح بصحتها في شرحه لمختصر الكرخي وانما نص هنا على الدين لان الغالب في الرهن ان يكون
بالدين واكتفى به هنا اعتمادا على ما ذكره في موضع آخر وليس بمذهب القدوري في الموجب الاصلي الى
ما ذهب هؤلاء المشايخ حتى يصح كلامه بكلامهم الا ترى انه قال في كتاب الغصب من مختصره
وعلى الغاصب رد العين وقولهم بان الموجب الاصلي هو القيمة في غاية الركاكة مر بيانها في اوائل
كتاب الغصب ولا نم ان الكفالة بالعين لا تصح مطلقا وانما لا تصح بالعين المضمونة بغيرها وتصح بالاعيان
المضمونة بانفسها كالمهر في يد الزوج وبدل الخلع في يد المراة وبدل الصلح عن القصاص والمغصوب
والمقبوض على سوم الشراء او بيع فاسد نص عليه الكرخي في مختصره في باب ضمان الاعيان من
كتاب الكفالة وانما لم تبطل الحوالة المقيدة بهلاك الالف المغصوب لانه يجب عليه مثلها وبطل
بهلاك الالف الوديعة لان الحوالة قيدت بها ولم يجب بهلاكها شيء اخر وبيان الحوالة المقيدة والمطلقة
مر في اخر كتاب الحوالة قوله قال وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا هلك في
يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه وان كانت قيمة الرهن اكثر فالفضل
امانة اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان كانت اقل سقط من الدين بقدره ورجع
المرتهن بالفضل وفي بعض النسخ مضمون باقل بتنكير الاقل فاعلم ان ما افعل التفضيل انما
استعماله بمن لزمه التنكير واذا قارن من لزمه التعريف تقول زيد الافضل وزيد افضل من عمرو
وكان ينبغي ان يقال على ما في هذه بتنكير الاقل لانه استعمال بمن ولكن على ذلك التقدير يفسد المعنى
لانه يكون قوله مضمون باقل من قيمته ومن الدين على وزان قولك زيد افضل من عمرو
ومن بكر فيكون عمرو وبكر مشتركين في الفضل معه ولكن له زيادة رجحان في الفضل ومن زيد عليهما بالمجالسة
فكذا فيما نحن فيه يكون القيمة والدين مشتركين في العلة مع اقل واقل عنهما وليس كذلك بل المراد
ان الرهن مضمون بالاقل الذي هو من هذين المذكورين ايهما كان اقل من الآخر فيكون الاقل
احدهما وليست من هذه هي التي تستعمل للتفضيل بل هي لتبيين الاقل وهو بالتعريف فكانه قال
مضمون باقلهما من الآخر فحصل من هذا ان يقال بالاقل معرفا فافهم وهذا الذي ذكره القدوري
هو الكلام في كيفية الضمان فعندنا هو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فان كانت قيمة الرهن
العين والدين الف فجميع الرهن محبوس بالدين فنصفه مضمون ونصفه امانة وان كان الدين

الى والرهن ضمانة بجميعه رهن بجماية وهو مضمون بنصفها فان هلك سقط نصف قيمته وهذا قول
عمر بن الخطاب وعند بعض الناس هو مضمون بجميع الدين وان قلت قيمته وهكذا روي عن شريح انه قال
الرهن بما فيه ولو كان خاتما من حديد بمائة درهم كأنه يجعل الرهن بالدين بمنزلة البيع قال شيخ الاسلام
علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وهذا اقول لان الرهن به لانه وثيقة بالدين وهو ثابت في معنى الوثيقة
ويجوز ان يكون مضمونا عليه بجميع قيمته قل الدين او كثر حتى اذا هلك الرهن وقيمته يوم رهن
اكثر من الدين رجع الراهن على المرتهن بالفضل لما روي عن علي انه قال يترادان الفضل ولان الزيادة
على قدر الدين مرهونة لكونها محبوسة بالدين فتكون مضمونة كقدر الدين ولنا ما روى الطحاوي
في شرح الآثار باسناده الى عبيد بن عمير ان عمر بن الخطاب قال في الرهن يرهن الرهن فيضيع
قال ان كان باقل ردوا عليه وان كان بافضل فهو امين في الفضل وقال محمد في كتاب الآثار اخبرنا
ابو حنيفة عن ابراهيم قال اذا كان الرهن يشترى اكثر مما فيه فهو في الفضل مؤتمن فاذا كان الرهن عن حماد م
اقل مما رهن فيه ذهب من حقه بقدر الدين وكان ما بقي على صاحب الرهن وقال الكرخي في مختصره
حدثنا الحضرمي قال حدثنا ابو بكر قال حدثنا وكيع عن علي بن صالح عن عبد الاعلى عن محمد بن الحنفية
عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه قال اذا كان الرهن باكثر مما رهن به فهلك فهو بما فيه لانه
امين في الفضل واذا كان باقل مما رهن به رد الراهن الفضل وقال الكرخي ايضا حدثنا الحضرمي
قال حدثنا كامل بن طلحة قال حدثنا حماد بن سلمة عن قتادة عن خلاس بن عمرو ان عليا رضي الله عنه
قال اذا كان في الرهن فضل فاصابته جائحة فهو بما فيه فان لم تصبه جائحة فانهما يترادان الفضل
وقال الكرخي ايضا حدثنا الحضرمي قال حدثنا كامل قال حدثنا حماد عن حجاج عن عطا والحكم عن علي بن ابي طالب
قال يترادان الزيادة والنقصان قال ابو الحسن الكرخي ما روي عن علي في هذا الباب يشهد بعضه
لبعض ويدل على صحته ما رواه محمد بن الحنفية لانه روى عن علي انه اذا كان الرهن باكثر مما
رهن به فهلك فهو بما فيه لانه امين في الفضل واذا كان باقل مما رهن به ادى الراهن
الفضل وهذا قول اصحابنا يعني اذا اصابته جائحة وفيه فضل فهو بما فيه لان الفضل امانة
واذا لم يصبه آفة رد الفضل هذا عندنا على انه قائم وكذلك تأويل حديث الحكم يترادان
الفضل يرد المرتهن فضل الرهن ويرد الراهن فضل الدين ان بيع باقل فهي عندي متفقة
على ما تأولناه الى هنا لفظ الكرخي في مختصره ولان المضمونية باعتبار اليد الاستيفا متعذر ذلك
بحقيقة الاستيفا وفي حقيقة الاستيفا لا مزيد على قدر الدين في الضمان فكذا في المعقود فيكون كذا الاستيفا

ولا كان الضمان بقدر المستوفي تقدر المضمون به بالاقل من قيمة العين ومن الدين لانه هو القدر
المستوفي وانما جعلت الزيادة مرهونة ضرورة ان رهن الاصل لا يتأتى بدونها لان رهن المشاع
لا يجوز والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة ولا يثبت الضمان في الزيادة لعدم الضرورة في
جعلها مضمونة **قوله** قال وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به اي قال القدوري
في مختصره قال الكرخي في مختصره وللمرتهن مطالبة الراهن بدينه اذا كان حالا ولا يمنعه الارتهان به
من ذلك ولا كون الرهن في يديه وكذلك ان كان آجلا فحل وان خاصمه الى الحاكم واوجب عليه
دفع الدين فان امتنع حبسه به ولم يمنعه من ذلك كون الرهن في يد المرتهن الى هنا لفظ الكرخي
وذلك لانه دين واجب فيجوز له المطالبة به ولانه يأخذ الرهن ليتوثق من حقه ويتمكن من
استيفائه فلم يجز ان يكون ذلك مانعا من المطالبة واذا خاصمه الى الحاكم وامتنع من اداء الدين
حبسه به لان الرهن انما يؤخذ للتوثق فلا يبطل الحق الثابت لصاحب الدين قبله وقال الكرخي
ايضا ويبيع الحاكم الرهن في دين المرتهن على قول ابي يوسف ومحمد ولا يبيعه في قول ابي
حنيفة ولكن الحاكم يحبس الراهن حتى يؤدي الدين او يبيع هو الرهن فيؤدي دينه
الى هنا لفظ الكرخي قال القدوري في شرحه وهذا فرع على اختلافهم في الحجر بالمفلس فعند ابي
حنيفة ان الحاكم لا يبيع مال المفلس ولكن يحبسه حتى يبيعه وعلى قولهما اذا امتنع من البيع باع
عليه **قوله** كما بيناه على التفصيل فيما تقدم اي في فصل الحبس في كتاب ادب القاضي وتفصيله انه
لا يعجل بحبسه اذا ثبت الدين بالاقرار بل يحبسه اذا ظهر تعنته بان امره الى حبسه ثانيا كلاما
ما اذا ثبت بالبينة حيث يعجل بحبسه لان البينة يحتاج اليها عند الجحود فيه مكرر فكان ودرا
الظلم الحبس وعلى قول الخصاف في البينة ايضا لا يحبسه في اول الوهلة ثم اذا امتنع انما يحبسه
في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة ولا
يحبسه فيما سوى ذلك نحو بدل الغصب وارش الجنايات ونفقة الزوجات اذا قال اني فقير
الا ان يثبت غريمه ان له مالا وقد مر بيانه في ادب القاضي **قوله** واذا طلب المرتهن دينه يؤمر
باحضار الرهن وهذه المسألة مع ما بعدها من المسائل من مسائل الزيادات الحق لي
قال وان كان الرهن في يده ذكر هاتين نقلا على مسألة مختصر القدوري قال فخر الاسلام في شرح
الزيادات رجل رهن رجلا جارية بالف درهم تساوي الفا فحضر المرتهن يطلب دينه
امر باحضار الرهن ليتمكن دينه لان الدين يمنع له العرض على الرهن لو صح الا ترى انه

صار مصونا به فصار الرهن كانه مقبوض بالدين فيستحيل ان يقبض ماله مع قيام ما هو بمعنى
الاستيفاء فيؤدي الى التكرار الا مع احتمال هلاك الرهن فان احضره قيل له سلم الدين اولا
ليتعين حق المرتهن كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية وذلك كما في البيع وهذا افصل من مسائل الزيادات وان طالبه
بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه ان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذا الجواب
اي يؤمر المرتهن باحضار الرهن اولا وهذا افصل اخرجه الزيادات قال شيخ الاسلام في شرح
الزيادات رجل رهن شيئا وسلمه الى المرتهن ثم لقيه في غير مصره وطالبه المرتهن بقضاء دينه فان
لا باحضار الرهن فان كان الرهن شيئا لحمله مؤنة اجبر الراهن على القضاء ولم يجبر المرتهن على
الاحضار لان الرهن امانة في يد المرتهن عنده فلا يكون عليه الرد انما عليه التسليم والنقل الى بلد
اخر ليس من التسليم في شيء فصار هذا اسقاطا عنه بحكم العقد فلا يصير عذرا في تاخير الدين
كما لو كان في يدي عدل ويكون يحلف المرتهن بالله ما هلك الرهن ان طلبه الراهن لانه غائب
فيحتمل الهلاك فيبطل ايضا الدين فان حلف اقتضى دينه وان كان شيئا ليس لحمله مؤنة
فان القياس ان يجبر الراهن على قضاء الدين من غير تسليم الرهن وفي الاستحسان لا يجبر على قضاء
الدين حتى يحضر الرهن وجه القياس ما ذكرنا انه ليس عليه التسليم الا في مكان العقد
ووجه الاستحسان ان الاماكن في حق ما لا مؤنة له سواء الا ترى انه لا يشترط بيان مكانه
لصحة السلم عند ابي حنيفة ولا يتعين مكان العقد للتسليم عنده بها فصارت الاماكن كالمصر الذي
فيه الرهن بخلاف الاول **قوله** ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد او نسيئة
جاز لاطلاق الامر فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن لانه لا قدرة له
على الاحضار وكذا اذا امر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن اي لا يكلف احضار الرهن
وهذا افصل اخرجه الزيادات قال في الزيادات رجل رهن رجلا جارية بالف وجعل المرتهن
مسلطا على بيعها اذا حل اجل كذا فحل الاجل كان للمرتهن ان يبيعها بالنقد والنسيئة لان التوكيل مطلق
ويملك بالتوكيل المطلق البيع بالاجل المتعارف بلا خلاف بين اصحابنا فان نهاه عن البيع بالنسيئة
لم يصح النهي ويملك البيع بالنسيئة بخلاف سائر الوكلاء لان هذه الوكالة لما ثبتت في الرهن على ما
عرف فاذا لزم اصلها لزم وصفها وسائر الوكالة لم يلزم اصلها فلم يلزم وصفها يعني ان الموكل
يملك العزل وههنا لا يملك فاذا وقع البيع نسيئة ثم جاء المرتهن يطلب دينه فامتنع الراهن
حتى يحضر الرهن اجبر الراهن على قضائه لان الرهن انما صار ثمنا دينا بتسليط الراهن وامره

واحد عوض

واحد عوضي البيع اذا تاخر بدل بخصه لم يوجب تاخير الاخر مع انه محض معاوضة الا ترى ان
الثمن اذا كان مؤجلا اجله البائع ملك المشتري قبض المبيع والسلم لما تاجل لم يتاخر قبض راس المال
ففي باب الرهن اولى فكذلك اذا كان الثمن حالا غير مؤجل لان الرهن لما صار دينا بايجاب الراهن
وكانه كذلك رهنه وليس تسليم الدين يحقق ولا بيد المرتهن فلم يتوقف على تسليمه الدين الا ترى ان الرهن
لو بطل اصلا بالمناقضة لم يبطل الدين ههنا اولى فان قيل فاذا قال الراهن كيف يلزمني تسليم الدين ولا املك
ان يتوى فيكون ذلك على المرتهن قيل له نعم لكنه سقط عنه تسليم الرهن لما صار دينا باختيارك
فصار كانك رهنته ههنا ولم تسلمه اليه لكن عن لقيته فلم يجب عليه التسليم وانما جاز بالمنع اذا
امتنع عن تسليم واجب عليه وكان على المرتهن ان يقبض الثمن فيسلمه الى المرتهن لانه ولي عقده
فان توى على المشتري فان المرتهن يرد على الراهن ما اقتضاه من الدين لان التوى لما جعل عليه بكر
الاستيفاء **قوله** وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين تكلف لاستيفاء نجم قد حل وهذا
فصل اخرجه الزيادات قال فخر الاسلام في شرح الزيادات حله على حال النوادر بهم بحرمتها
يؤدي اليه كل شهر كذا فرهنه بذلك رهنا فلما حل نجم طالبه بذلك النجم فقال الراهن
لا اعطيك حتى تحضر الرهن لان تسليم الرهن لا يلزمه عند قبض بعض الدين لان الرهن
محبوس بكل جزء من الدين لكنه ادعى الهلاك حلفه فاما اذا كان في مصرهما الذي فيه الرهن
لم يجبر المرتهن على احضاره في القياس لما قلنا وفي الاستحسان يجبر لان المصر كله كمكان واحد
فصار كان الرهن في يده وفي احضاره فراغ قلب الراهن وصيانة القضاء وسقوط اليمين
عن المرتهن ولذلك كلف احضاره وان شاء القاضي طلبه ولم يكلف احضاره ولم يفصل ههنا
بين ماله مؤنة وبين ما لا مؤنة له لاحتمال ان يعجز فاني الاستحسان على ما قلنا والاشبه
ان لا يعجز فانه هذا الفصل فلا يجبر على احضاره في غير المصر لانه ليس اوان تسليم الرهن **قوله**
وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطا حتى يقضي بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين لم يجبر
الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة وهذا فصل اخرجه الزيادات قال فخر الاسلام البزدوي
في شرح الزيادات اذا كان الرهن عبدا فقتله رجل خطا فحكم الحاكم بقيمته في ثلاث سنين فان
المرتهن استيفاء دينه وابى ذلك المرتهن لم يجبر الراهن على القضاء بخلاف البيع بامره
لان ههنا انما تاخر الحق وصار دينا لا باختيار الراهن واجابه فصار عذرا في حق
بخلاف البيع ولا يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يسلم له كل القيمة لان القيمة خلف العين ولا بد من

قائما وكذا ذكر هذا ان كانت القيمة دراهم او دنانير من جنس
احضار كل الرهن اذا كان قائما وان كان منتقصا فهي بالقيمة ايضا وتقوم الا وغيرها حبسه
الدين فكلما حل شئ اقتضاه المرتهن بحقه وان كان القاضي قضى بالقيمة ايضا وان كانت من غير جنسه
اذا قبضه حتى تقبض كله ثم يسلمه ويقبض قيمته قال وقد ذكرنا ان القاضي اذا قضى بالجودة في قيمة العبد
قوله وما صارت قيمته بفعله اي لم يصر قيمة العبد المقتول خطأ قيمة بفعل الراهن واختياره بل بفعل
الاجنبي وبما تقدم اي في بيع العدل او المرتهن صارت قيمته باختياره قوله ولو وضع الرهن على
يد العدل فامره ان يودع غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف احضار الرهن وهذا
فصل اخر ذكره في الزيادات قال فخر الاسلام في شرح الزيادات رجل رهن رجلا جارية بالف درهم
ووضعها على يدي عدل ثم حضر المرتهن يطلب دينه وقد غاب العدل واودع الرهن عند زوجته
او ابنه الذي في عياله فقال الراهن لا اقضيك حتى تحضر الرهن والمودع يقول انه اودعني
فلان ولا ادري لمن هو فان الراهن يجبر على تسليم الدين لان المرتهن ليس عليه احضار الرهن
اذ لم يقبض شيئا واذا لم يكن عليه التسليم كالحكم لم يكن له ان يتراخى قبض الدين بسببه ودليل انه
ليس عليه تسليم الرهن ان العقد انما شرع لصيانة الرهن من المرتهن والراهن جميعا وكذلك
ان كان العدل غاب بالرهن مع نفسه ولا يدري اين هو اجبر الراهن على قضاء الدين لما قلنا
فان ادعى الراهن ان الرهن قد هلك استحلف المرتهن بالله ما يعلم انه هلك لانه ادعى امرا لو اقر به
لوجب تخليته فاذا حلف قبض الدين وان نكل لم يقبض فان جحد الذي اودعه العدل الرهن وقال
هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشئ حتى يثبت الرهن لانه لما جحد فقد توى والتوى على المرتهن
فيثبت به قبض الدين فلا يملك المطالبة والفصل السابع ذكره في الزيادات ولم يورده صاحب
الهداية قال رجل اشترى من رجل شيئا من الاشياء ولم يقبضه ولم يدفع الثمن حتى لقيه البائع في غير
مصره الذي فيه المبيع فطالبه بالثمن فابى المشتري الا ان يدفع المبيع فانه لا يجبر المشتري على تسليم
الثمن حتى يحضر البائع المبيع فيما لم حمل ومؤنة وفيما لا مؤنة له بخلاف الرهن والفرق بينهما ان المبيع والثمن
معوضان من كل وجه فاذا تراخى قبض احدهما من غير فعل العاقد وجب تاخير الاخر تحقيقا للمساواة
كما اذا هلك المبيع قبل التسليم وليس بين الرهن والدين معاوضة فاذا تاخر قبض احدهما من
غير اضافة الى الراهن لم يتاخر قبض الدين ويستوثق من المشتري بكفيل حتى يحضر ذلك المصر
او يبعث وكيلا ليعوض الثمن ويقبض المبيع لانه ربما يغيب فيبطل حق البائع قوله لما قلنا

اشارة الى قوله لانه لم يقبض شيئا اي شيئا من الرهن قوله قال وان كان الرهن في يده ليس عليه ان
يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان قضاه الدين
قيل اسلم الرهن اليه وذلك لان الرهن وثيقة للمرتهن وفي تسليمه ابطال الوثيقة فلا يلزمه ذلك
حتى يستوفي حقه ولان حكم الرهن الحبس الدائم الى زمان قضاء الدين فلا يجوز ابطاله قبل قضاء
الدين فاذا قضاه الدين جميعه قال للمرتهن سلم الرهن الى الراهن لانه زال حق الامساك بقضاء
الدين فلزمه التسليم الى المالك قال الكرخي في مختصره وليس للراهن ان يقبض شيئا من ذلك
حتى يؤدي جميع الدين فان ادى بعضا واراد ان يقبض بعض الرهن مكان ما ادى لم يكن له ذلك
اذا كان رهنا واحدا بجميع المال فان رهن اعيانا في عقد واحد مسمى لكل عين شيئا من الدين
يجعله رهنا به فذلك جائز فان ادى ما سمي لاحد الاعيان ثم اراد قبض تلك العين ففيه
اختلاف نفسر في موضعه الى هنا لفظ الكرخي اراد به اختلاف رواية الاصل والزيادات
قال في الزيادات رجل رهن عبدين بالف درهم قيمة كل واحد منهما الف درهم وسلمهما
ثم ادى من الدراهم حصة ايهما لم يكن له ان يقبض واحدا منهما لان الصفقة واحدة ومن حكم اتحاد الصفقة
ان يكون كل الرهن محبوسا بكل جزء من الدين الا ترى ان في البيع اذا قضى بعض الثمن لم يقبض
شيئا من المبيع فكذا هنا لان في ذلك تفريق الصفقة على المرتهن في الحبس فاما اذا سمى
لكل عبد حصة من الدين ثم ادى حصة ايهما واراد ان يقبض احدهما وقال ادى حصته هذا
فله ذلك وقال في كتاب الرهن من الاصل فيمن رهن مائة شاة بالف درهم كل شاة بعشرة
ثم نقد من الدين عشرة فاراد ان يقبض منها شاة لم يكن له ذلك قال القدوري في شرح مختصر الكرخي
قال الحاكم ما ذكر في الاصل قول ابي يوسف وما في الزيادات قول محمد ثم قال القدوري وكان
ابو بكر الرازي ينكر ما قاله الحاكم ويقول ان ابن سماعة روى عن محمد مثل ما في الاصل فالمسئلة
على روايتين عن محمد وجه رواية الاصل ان هذا عقد واحد وليس بعقدين لاتحاد الايجاب
والقبول والتفصيل في الدين لا يجعله في معنى عقدين لاتحاد العاقدين الا ترى انه لا يجعل
البيع المضاف الى المحلين بمعنى عقد تفصيل الثمن حتى لو اراد المشتري ان يقبل العقد
في احدهما دون الاخر لم يصح ولكن لما لا يكون سبيل من قبض احدهما دون الاخر وان فصل
الثمن فكذا وجب ان لا يكون سبيل فيما نحن فيه ايضا لان الدين في الرهن بمنزلة الثمن في
البيع لتعلق الرهن به وجه رواية الزيادات في الفرق بين البيع والرهن ان الرهن يحتمل

التفريق في الابتداء بعد افتراق التسمية وذلك ان من قال لاخر رهنتك هذين العبدين بالفين كل واحد منهما
بخمسمائة فقبل المرتهن احدهما دون الاخر صح بما سمى من الحصة فكذا لو كان في الانتهاء يحتمل التفريق فاما في
البيع فان المشتري لو قبل احدهما لم يملك ولم يصح التفريق فكذا لو كان في الانتهاء وانما افترقا في ذلك لان ضم الجيد
الى الرديء مقصود في البيع للترويج فقبول احدهما موجب ضررا بالبائع وليس ذلك بمقصود ولا متعارف
في الرهن ولان الايجاب في الذي لم يوجد منه القبول يصير كالشرط الفاسد في الاخر والبيع مما يفسد
بالشروط الفاسدة لان ذلك بمعنى الربو والرهن ليس مما لا يدخله الربو ولهذا سمي قبول العقد في الرهن
في احد المحلين عند ايجاب الراهن فيهما قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي والصحيح ما ذكر في
الاصل لان تمسكه من التوصيل المقابلة في حق الضمان وتكن على وجه نفع الوثيقة بالجملة فلو جعلناه
سبيلا من استرداد البعض عند قضاء بعض المال لبطل معنى الوثيقة وهو العجز الحامل لحبس الكل
قوله فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه اي لو هلك الرهن قبل تسليم المرتهن الرهن
الى الراهن بعد قضاء الدين استرد الراهن ما ادى الى المرتهن قوله وكذا لو تفاسخا الرهن
له حبسه ما لم يقبض الدين او يبرئه اي ما لم يبرئ المرتهن الراهن عن الدين ذكره تفريعا
قال في شرح الطحاوي ولو تفاسخا الرهن ثم اراد المرتهن حبسه بعد التفاسخ له ذلك ولا يبطل الرهن
الا بالرد على الراهن بحكم الفسخ وقال في شرح الكافي واذا تشارك الراهن والمرتهن وتفاسخا
وهو في يد المرتهن فهو رهن على حاله حتى يقبضه الراهن لان الاصل ان هذا العقد بالقبض يكون
اسقاطه بنقض القبض فان بدا للمرتهن ان يمسكه فله ذلك لان الرهن لم ينتقض بعد ولهذا
للراهن ان ياخذه ولو بدا للراهن ان يتركه كان للمرتهن ان يرده الا بنقض المقابلة ولكن
لان حكم الرهن ليس بلازم في حقه ذكره في باب رهن الرجلين وعلل صاحب الهداية بقوله
لانه يبقى مضمونا لان كون الرهن مضمونا يثبت بعلتين ذات وصفين وهما القبض والدين فلا
يبقى مضمونا باحدهما ولنا فيه نظر لانه اذا هلك في يد المرتهن بعد قضاء الدين يهلك مضمونا
بالدين حتى يسترد الراهن منه ما قضاه مع ان الدين كان منتفيا بالاستيفاء سابقا على الهلاك
وقد صرح بذلك صاحب الهداية نفسه قبل ذلك فظهر انه لو كان الضمان منتفيا بانتفاء احد
الامرين لم يكن مضمونا بالهلاك ولهذا الرهن عينا بدين عند الشان ثم تصادقا ان لا دين ثم
هلك العين هلك مضمونا فنعلم ان تعليل صاحب الهداية يطرد ولا ينعكس والاولى في التعليل
ما قدمناه من شرح الكافي قوله ولو هلك الرهن في يده سقط الدين اذا كان به وفاء الدين

يعني اذا هلك الرهن في يد المرتهن بعد التفاسخ قوله وليس للمرتهن ان ينتفع بالرهن لا
باستخدام ولا سكنى ولا لبس الا ان ياذن له المالك ذكرها تفريعا على مسألة المختصر يعني لا
ينتفع بالرهن اذا كان عبدا او امة باستخدام ولا بالسكنى اذا كان دارا ونحوها
ولا باللبس اذا كان ثوبا الا باذن مالك الرهن فحينئذ كان له ذلك وكذلك لا يركب الرهن
الا باذن المالك لان المالك رضي بحبسه لا بانتفاعه فان استعمله بوجه من هذه الوجوه
كان غاصبا وضمن قيمته بالغة ما بلغت وان كانت باذن الراهن فلا ضمان عليه لان الحجر
لحقه وقد رضي به ثم كما لا يجوز استخدام الجارية المرهونة من المرتهن فكذلك لا يجوز
وطؤها ومع هذا لو وطئها لا يجب عليه الحد على رواية كتاب الرهن ويجب مهرها للمولى
لانها محبوسة للاستيفاء فاشبه الجارية المبيعة في يد البائع فعلى هذه الرواية جعلت الشبهة
شبهة المحل وعلى رواية كتاب الحدود يجب الحد اذا قال علمت انها علي حرام لانه لا ملك له
فيها ولا حكم ملك وانما له حق الاستيفاء الا اذا ادعى الشبهة فعلى هذه الرواية جعلت الشبهة
شبهة الفعل وقد مر ذلك في كتاب الحدود قال الكرخي في مختصره وليس للمرتهن ان يبيع
الرهن في دينه اذا لم يكن الراهن سلطه على بيعه وذلك لان بيع ملك الغير لا يجوز الا بوكالة
او ولاية ولم يوجد واحد منهما ولان المرتهن ثبت حقه بعقد الرهن فكان له ان يتصرف
بمقتضاه العقد من الامساك الا ان يجعل له الراهن ما زاد على ذلك وليس له ان يواجر
ويعير وذلك لان المرتهن لا يملك الانتفاع بنفسه فلا يجوز ان يملكه لغيره قال فان فعل
شيئا من ذلك فسخ ورد الى يد المرتهن رهنا لانه عقد نافذ لم يجزه المالك فسخ ولا يبطل
الرهن بهذا التصرف لانه تعدي من المرتهن فاذا فسخ زال التعدي والرهن بحاله كالمودع
اذا تعدى في الوديعة ثم زال التعدي وكذلك قال اصحابنا لا يجوز للراهن استيفاء منافع
الرهن الا باذن المرتهن وكذلك التصرف فيه وقال في شرح الاقطع وقال الشافعي للراهن
ان يسكن الدار ويؤجرها ويركب الدابة ويعيرها ويزرع الارض ويحلب اللبن ويجز
الصوف ولا يطأ الجارية ولا يلبس الثوب لنا ان اطلاق الانتفاع للراهن يوجب الاخلال
بما ثبت من الحق للمرتهن لان الثابت له بقضية الرهن ملك اليد وهو اختصاص
بحبسها الى ان يقضى دينه وهذا انما ينعدم باطلاق الانتفاع في حق الراهن موجب الحجر عنه تحقيقا
لاختصاص المرتهن به حبسا وانما قلنا ان الثابت له ملك اليد الى ان يقضى دينه لقوله تعالى
فرهان مقبوضة فدل ذلك على استدامة الحبس لانه ما دام القبض باقيا بقي الحبس

اوسكناه يزول القبض لا محالة
وإذا زال القبض زال الحبس ثم إذا جاز ركوب الراهن
وهو خلاف النص ولأنها منفعة للرهن فمنع الراهن من استيفائها كمنفعة البضع ومنافع
الثوب فإن قيل الوطء يفضي إلى العلوق فيبطل به حق المرتهن والثوب يبلى باللبس فيؤدي
إلى نقصان حق المرتهن قيل له استعمال العبد لا يؤدي إلى تلفه من العمل والمشي إلى يد الراهن
يؤدي إلى إسقاط حق المرتهن لأنه يجحد الدين وإذا كان الرهن في يده لا يجحد لأنه لا يأمن
أن يجحده فالرهن مثل الدين أو أكثر ولا يلزم على هذا إعارة المرتهن منه لأنه يؤدي إلى إسقاط
حقه ولكنه قد رضي به فإن قيل روي عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الظهر
يركب بنفقته إذا كان مرهونا ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا قلنا هذا مجمل
لم يبين فيه من الذي يركب ويشرب فلا يصح الاحتجاج بالمجمل ولئن سلمنا أن الراهن هو
المراد فهو منقول لا يصح الاحتجاج به أيضا لأنه يلزم منه معارضة خبر الواحد بكتاب الله تعالى
فلا يجوز ذلك لعدم شرطها وهو المساواة بيانه أن قوله تعالى فرهان مقبوضة يقتضي استدامة
الحبس فلو جاز ركوب الراهن ينتفي ذلك فيسقط المعارضة قوله قال وللمرتهن أن يحفظ
الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله أي قال القدوري في مختصره وتمامه
وإن حفظه بغير من في عياله أو أودعه ضمن وقال الكرخي في مختصره وهو بمنزلة الوديعة في
يده فما لا يجوز له في الوديعة من التصرف فإنه لا يجوز له في الرهن وما جاز في الوديعة جاز في
الرهن له أن يسلم الرهن إلى زوجته وخادمه ومن هو في عياله من ولده وأجرائه الذين
يتصرفون في ماله إلى هنا لفظ الكرخي وذلك لأن المرتهن والعدل إنما يمسكان الرهن بأمر الراهن
وهو إنما أذن في الإمساك للتوثق ولم يأذن في الاستعمال ولا في الإجارة فلم يجز ما لم يأذن به
كما لا يجوز للمودع فأما الحفظ بمن في عياله فلأنه مأمور بالحفظ وهو يحفظ بهؤلاء ألا ترى
أنهم إذا كانوا في عياله صار الشيء في أيديهم وإذا لم يسلمه إليهم إذا خرج من منزله وإذا كان
كذلك لم يكن مفرطا بحفظهم وإن حفظ بغير من في عياله أو أودعه ضمن وذلك لأن الأيدي
تختلف في الحفظ والأمانة والمالك لم يأذن له في ذلك فيضمن والمراد بمن في عياله
أن يساكنه سواء كان في نفقته أو لا فلو أن امرأة أودعت وديعة فدفعت إلى زوجها
لا تضمن وإن لم يكن الزوج في عيالها لأن العبرة في هذا الباب للمساكنة دون النفقة ألا ترى
أن الابن إذا كان معهما ساكنا وليس في عيالهما فخرجا من المنزل وتركا المنزل على الابن
والمراد من الأجير أجير المشاهرة أو المسانهة دون المياومة وقد مر ذكره في أوائل الوديعة

قوله

١٨٧

قوله وإذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته وهذا لفظ القدوري
في مختصره قال الحاكم الشهيد في الكافي فإن ركب المرتهن الدابة أو كان الرهن عبدا فاستخدمه
أو ثوبا فلبسه أو سيفا فتقلده بغير إذن الراهن فهو له ضامن لأن المرتهن ليس له حق
الانتفاع فصار به غاصبا لأن الراهن رضي بحبسه لا بانتفاعه فصار به غاصبا حتى يضمن
قيمته بالغة ما بلغت وإن كان بإذن الراهن فلا ضمان عليه لأن الحجر لحقه وقد رضي به قال
الشيخ علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي وهذا إذا تقلد بالسيف على وجه الاستعمال
أما إذا تقلده على سبيل الحفظ لا يضمن لأنه لا يقصد به حافظا لا مستعملا ولهذا قالوا لو كان الرهن
سيفين فتقلد بهما لا يضمن لأنه لا يقصد به الاستعمال عادة وقيل يضمن لأنه قد يتقلد بالسيفين
للاستعمال في الحرب ولو كانت ثلاثة سيوف فتقلد بهن لا يضمن إجماعا لأنه لا يتقلد للاستعمال
بهن عادة ولو رهنه خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن ذكره بسبيل التفريع على مسألة
القدوري قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره قال أبو عمرو حفص بن صالح عن محمد في رجل
ارتهن من رجل خاتما فجعله في خنصره قال هو ضامن لأن هذا لبس واليمنى واليسرى في ذلك
سواء ولو جعله في بقية الأصابع كان حافظا فيه وكذلك الطيلسان وجميع الأشياء إلى هنا
لفظ الكرخي قال القدوري في شرحه والأصل في هذا أن المرتهن مأذون في الحفظ غير مأذون
في الاستعمال ولبس الخاتم في الخنصر استعمال له وذلك موجب للضمان ولبسه في غير الخنصر
ليس بلبس ألا ترى أنه لا يقصد في العادة فهو حفظ فلم يضمن به وكذلك الطيلسان إن لبسه
كما يلبس الطيالسة ضمن لأن هذا استعمال وليس بحفظ وإن وضعه على عاتقه على الوجه الذي
لا يفعله الناس فليس بلبس وإنما هو حفظ وقال الكرخي في مختصره وقال هشام سمعت محمدا يقول
في رجل رهن عند رجل سيفين أو ثلاثة فتقلدها قال لا يضمن في الثلاثة لأنه ليس بلابس
وقال في السيفين يضمن لأنه قد يلبس في الحرب سيفان ثم قال انظر في الأمين وذكر
إلى هنا لفظ الكرخي قال القدوري وذلك لأن تقلد السيف الواحد استعمال وليس بحفظ
وكذلك تقلد السيفين لأن الناس قد يتقلدون بالسيفين في الحرب فأما الثلاثة فلم تجر
العادة بتقلدها فكان ذلك حفظا وقال الكرخي أيضا في مختصره قال هشام سمعت
محمدا قال في الخاتم إذا تختم به في يمينه ضمن لأن من الناس من يلبس الخاتم في يمينه وقال
فيما إذا تختم به في الخنصر من اليسرى ولبس فوق خاتم عليه قال لا يضمن قلت له ولم وربما
تختم الإنسان بخاتمين وذكرت له بعض السلاطين يلبس الخاتم فوق الخاتم قال ذلك

ن في ذلك الا على من كان له سلطان
تلبسه للخنصر قال هشام في معنى قوله كانه لا يرى الضما
الى هنا لفظ الكرخي قال القدوري في شرحه والمرجع في هذا الى العادة فان كان اللابس ممن يتجمل
بلبس الخاتم ضمن وان كان ممن لا يتجمل بذلك فهذا احفظ وليس بلبس فلا يضمن وقال
في كتاب الغصب من الفتاوى الصغرى ولو كان المرتهن امراة فتختمت به اي اصبع كانت
ضمنت لان النساء يتختمن بجميع اصابعهن ثم ينبغي ان تعرف ان المراد بعدم الضمان فيما
بعد حفظا لا استعمالا ان لا يضمن ضمان الغصب الا انه لا يضمن اصلا لانه مضمون بالدين فيسقط
الدين بهلاكه بما هو الاقل من قيمته ومن الدين كالخاتم اذا جعله في اصبع لا يتختم به في العرف
والعادة وكالثوب اذا القاه على عاتقه وبه صرح في شرح الطحاوي قوله قال واجرة البيت
الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك اجرة الحافظ واجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن
اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره قال ابو حنيفة وابو يوسف
ومحمد والحسن ولا اعلم بينهم خلافا ان الرهن اذا كان حيوانا فان نفقته في ماكله ومشربه
على الراهن وكذلك كسوة الرقيق وكذلك ان كانت امة فولدت فاجرة الظئر على الراهن
حكاه الحسن ولم يحك خلافا وكذلك ان كان الرهن بستانا فيه شجر ونخل وكرم وليس منه ثمر ونحوها
ما يثمر فسقيه وتلقيح نخله وجداده والقيام بمصالحه على الراهن سواء كان في الرهن فضل على الدين
او لم يكن فان ذلك كله على الراهن دون المرتهن لانه ملكه ما كان مضمونا وما لم يكن وانما
الحفظ في جميع ذلك يكون على المرتهن ما كان مضمونا منه وما لم يكن لان له حبس ذلك كله وكذلك
ان احتيج الى استيجار من يحفظه فعلى المرتهن اذ ليس اجر من يحفظه وكذلك المأوى للبقر
والغنم على المرتهن دون الراهن الى هنا لفظ الكرخي في مختصره وذلك لما ذكر القدوري
من الاصل في شرحه وهو ان كل مؤنة ونفقة كانت لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن
وكل ما كان لحفظه او لرده الى يد المرتهن او لرد جزء منه كانت بسبب حادث فهو على المرتهن
وانما قلنا ان النفقة في الماكل والمشرب والكسوة على الراهن لان العين على ملكه فكانت
نفقته عليه كالوديعة وليس هذا كالعبد الموصى بخدمته فان النفقة على الموصى له لا على الوارث
لان الموصى له احق بمنافع العين من مالكها من غير منفعة سلمت للمالك فكانت النفقة عليه
وعلى هذا اجر الراعي لانه يحتاج اليه لعلف الحيوان فهو كالطعام والشراب قال في التحفة وسواء
كان ان يكون الرهن مضمونا او يكون امانة كزوائد الرهن وما فضل من الرهن من قيمة الدين
لان كله ملكه فعليه كفايته ومؤنته واما ما يحتاج اليه للحفظ كاجرة الحافظ فعلى المرتهن

لان الامساك من حقوقه فوجب ان يكون عوضه عليه وكذلك اجرة المسكن الذي يحفظ فيه في الرواية
المشهورة لان الحفظ والامساك حق له فكان ما يلزم فيه من الجعل عليه وقال القدوري وروى
ابن سماعة عن ابي يوسف في الراهن والمرتهن اذا اختلفا في مأوى البقر والغنم والدواب
الذي تأوي اليه فان كان عند المرتهن سعة فهو في منزله وان ابى ذلك يكترى لها ويكون
الكراء على الراهن ووجه ذلك ان كل من لزمه نفقة الحيوان في ماكله لزمه في حوطه اجرة موضعه
كالمودع واما ما يلزمه كرد العين الى يد المرتهن فهو كجعل الآبق فان ذلك لازم للمرتهن اذا
كانت قيمة الرهن والدين سواء وان كانت قيمة الرهن اكثر كان على المرتهن بقدر المضمون
وعلى الراهن بقدر الامانة وذلك لان الجعل انما يجب باعادة يد المرتهن وذلك حق له فكان الجعل
عليه واما حصة الامانة فانه فيها كالمودع فيكون على المالك وليس هذا كاجرة المسكن لان
جميعها على المرتهن وان كان في الرهن فضل لانها تلزمه لاجل الحبس الذي هو حق له وحقه
في حبس المضمون قال وذكر ابن سماعة عن ابي يوسف ان الجعل في رقبة العبد ان اداه الراهن
حسب ما قضاه من دين المرتهن وان اداه المرتهن فانما اصلح رهنه ودينه على حاله ثابت
وهذا اذا كانت القيمة والدين سواء فجعل حاصل المضمون على المرتهن في الجعل الآبق علقته
برقبة العبد لانه وجب بسبب من جهته وهو الاباق فصار كالجناية واما ما يجب
لرد جزء من العين الى يد المرتهن الذي فات بسبب عارض فهو كمداواة الجراحة بالحيوان
والقروح ومعالجة الامراض فهو منقسم فما كان من حصة المضمون فهو على المرتهن وما كان
من حصة الامانة فهو على الراهن وذلك لان المرتهن يصلح بذلك في الاثرى ان ما يفوت
من الرهن يذهب من دينه فاذا اعاده سلم له الدين بكماله واذا كان في ذلك اصلاح حقه كان
عليه واما حصة الامانة فان المرتهن فيها كالمودع فيكون على المالك وقال الكرخي في
مختصره فان اداه الراهن ان يجعل النفقة التي ذكرنا انها عليه فيما ثمن الرهن ملكيت
لم ذلك والمرتهن ان يمسك جميع ذلك الى هنا لفظ الكرخي وذلك لان النماء داخل في الرهن فلا
يجوز للراهن ان يجعل النفقة فيه كما لا يجوز له ان يجعلها في نفس الرهن قوله ومن هذا الجنس
كسوة الرقيق اي من جنس ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته قوله لحفظه او لرده
الضمير في الموضعين راجع الى الرهن قوله ومن هذا القسم جعل الآبق اي من القسم الذي يجب
مؤنته على المرتهن قوله والعداء من الجنايات تنقسم على المضمون والامانة والعداء من الجنايات
والدين الذي يلحق الرهن بالاموال التي يضمنها بالاستهلاك اذا وجب ذلك في الرهن

فان ذكر في حقهما في حق كل واحد من الراهن والمرتهن لان ضمانه المضمون في يد الضامن تجري
مجرى جناية الضامن فيكون من ماله واما جناية الامانة فانها كجناية الوديعة فيكون على الراهن
قال الكرخي في مختصره قال ابو يوسف فاما لم يعف بانها من الدين ولا في الجعل بعينه وقضيت
الجعل والدين وما بقي من ثمنه فهو رهن وذلك لان البيع بالدين مستحق وما فضل عن مقدار
الدين فكانه لم يتعلق به شيء في الاصل فيعود الى يد المرتهن قوله والخراج على الراهن خاصة
قال الكرخي في مختصره والخراج والضياع على الراهن دون المرتهن فان اراد الراهن ان
يجعله في الغلة لم يكن له ذلك وهو في مال الراهن خاصة فاما العشر فهو في الغلة فيما يخرج من
الزرع والثمر يأخذ ذلك الامام ويكون ما بقي رهنا على حاله ولا يفسد ذلك الرهن الى هنا
لفظ الكرخي وذكر ان الخراج مؤنة يلزم المالك لاجل ملكه فصار كالنفقة والعشر
في الغلة فما يخرج من الزرع والثمر يأخذ ذلك كله الامام بحق ما يجب له ويكون ما يفضل
من ذلك رهنا على حاله ولا يفسد ذلك الرهن لان العشر يتعلق وجوبه بالعين فيقدم على
حق المرتهن كحق المستحق وانما لا يبطل الرهن في الباقي لان وجوب العشر لا يمنع من
ملك الراهن الا ترى انه لو باع قدر العشر جاز بيعه ولو اعطى العشر من غيره جاز
فلم يؤد ذلك الى الاشاعة بخلاف الاستحقاق فانه يمنع ملك الراهن في قدر المستحق
فيتبين به عدم الملك فيه في الاصل فيلزم الاشاعة وقال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي واذا كان الرهن ارض خراج او ارض عشر فاخذ السلطان
الخراج او عشر الثمر من الراهن لم يكن للراهن ان يرجع في شيء من الثمن وهو كله رهن
بجميع العدل فيوفيه المرتهن لان العشر والخراج انما يجب على الراهن لانه هو المالك
الا انه تعلق بالرهن ولكنه لا يوجب ابطال الرهن لانه يمكن استيفاؤه من غير الرهن
فان اداه الراهن من موضع اخر فقد خلص الرهن في يد المرتهن وليس له ان يرجع
في الثمن بقدر ما ادى لانه خلص عن الحق فتقرر رهنا كما كان وان اخذ السلطان
العشر او الخراج من الثمرة كان له ذلك وخرج ذلك القدر من حكم الرهن لاستحقاقه
ولكن لا يبطل الرهن فيما بقي لانه تميز له استحقاقا في شيء معين ولا يذهب من الدين
بقدر ما استحق لانه تبين ان ذلك القدر كالخارج من الرهن في الاصل كذا في شرح
الكافي قوله وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع الى اخره قال الكرخي في مختصره
وكل ما وجب على الراهن ففعل المرتهن واداه من ماله بغير اذن الراهن فهو متطوع الى

الى هنا لفظ الكرخي وذلك لانه قضى دين غيره بغير اذنه فكان بذلك متطوعا وقال الكرخي ايضا
وكذلك ما وجب على المرتهن فاداه الراهن بغير امره فهو متطوع فان انفق المرتهن النفقة
التي تجب على الراهن بقضاء قاض رجع به وكذلك الراهن اذا اخرج من ماله ما يجب على المرتهن
بامر قاض رجع به على المرتهن الى هنا لفظ الكرخي وذلك لان القاضي له ولاية على كل واحد منهما
فاذا امتنع من الانفاق الواجب عليه امر ذلك بالاخر فكان القاضي اذا اذن في ذلك جعله
دينا على من يجب عليه وقال الكرخي ايضا وكذلك ان امر كل واحد منهما صاحبه ان يدفع ما يجب
عليه كان جائزا ويلزم الامر ما فعله الاخر الى هنا لفظ الكرخي وذلك لانه لما اذن صار الاخر
وكيله في الانفاق فيرجع عليه بحكم الوكالة وقال الكرخي وقال ابن شجاع في المجرد اخبرني الحسن
ابن ابي مالك عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه قال اذا كان الراهن غائبا فانفق المرتهن على الرهن
نفقة تجب على الراهن بقضاء قاض رجع عليه بها وان كان الراهن حاضرا لم يرجع عليه بذلك
وقال ابو يوسف فيهما جميعا يرجع عليه الى هنا لفظ الكرخي قال العبد وبني في شرحه وهذا فرع
على اختلافهم في الحجر فان عند ابي حنيفة ان الحاضر لا يلي الحاكم عليه فيجبره على النفقة فاذا ادى
الاخر لم يصر دينا عليه لانه يقدر على ايفاء حقه بالزام من عليه الحق واذا كان غائبا تعذر الحكم عليه
فكذلك ولي الحاكم عليه في الاذن وعلى قول ابي يوسف يلي القاضي عند الامتناع مع الحضور والغيبة
فاذا اذن في الاداء صار ذلك عليه دينا قوله وهي فرع مسئلة الحجر بيانها انتهى باب ما يجوز
ارتهانه وما لا يجوز لما ذكر قبل هذا مقدمات الرهن شرع يفصل ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز
لان التفصيل بعد الاجمال قوله قال ولا يجوز رهن المشاع اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ
ابو الحسن الكرخي في مختصره قال ابو حنيفة وزفر وابو يوسف ومحمد والحسن بن زياد لا يجوز
الرهن الا مقبوضا محوزا متفصلا من غيره غير متعلق بما لم يقع عليه عقد الرهن ولا يجوز عندهم
جميعا رهن المشاع كان مما يقسم او مما لا يقسم لا يجوز رهن نصف دار ولا نصف ارض
ولا نصف عبد عندهم جميعا ولا نصف ثوب ولا سهم من سهام ذكر وسواء رهن المشاع من شريكه في
ذلك او من غيره فانه لا يجوز وان سلم ذلك كله اليه الى هنا لفظ الكرخي وعند مالك والشافعي رهن
المشاع جائز ولكن شرط عند مالك قبض جميعه كذا في المدونة وعبارات اصحابنا مختلفة فيه
قال بعضهم باطل وهو اختيار الكرخي وقال بعضهم فاسد كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي وجه قول مالك والشافعي ان المشاع محل للبيع فيكون محلا للرهن
كالمفرز والعقد متى اضيف الى محله لا بد ان ينعقد بوصف الصحة لان الاصل في العقود

الشرعية هو الاطلاق لوقوعها مصلحة وانما قلنا انه محل لان محل التصرف ما يكون قابلا لحكمه
والمشاع قابل لحكم الرهن فان حكم الرهن ملك المطالبة بالبيع او ملك الحبس على الاختلاف
والشايع قابل لذلك لان المطالبة بالبيع تستفيد في القابل للبيع والحبس يتاتى في الشايع
بقبض حكمية ولهذا ينعقد فيما لا يحتمل القسمة عقود تفتقر الى القبض كالهبة والصدقة
بالاجماع ولهذا لو رهن من رجلين جاز ويكون رهنا عند كل واحد منهما نصفه ولهذا
لو جعل المشاع راس مال السلم او بدل الصرف جاز والقبض شرط في هذه المواضع كحكمه
ان المشاع لا يمنع القبض في حقيقة الاستيفا فلان لا يمنع في معنى الاستيفا اولى الا
ترى انه لو كان لرجل على اخر الف درهم فدفع اليه الفي درهم الغالدية والغالق ضا فقبض
صح القبض ولنا ان العقد انما ينعقد في المحل القابل لحكمه والمشاع ليس بقابل لحكم الرهن
وهو ملك الحبس الدائم لان حبس المشاع لا يتصور لان حبس المشاع وحده لا يتحقق فلا يصح
رهن المشاع وانما قلنا انه ينعقد في المحل القابل لحكمه لانه اذا لم يقبل المحل حكم العقد
كنكاح المحرمات وبيع المسلم الخمر والخنزير وانما قلنا ان حكم الرهن ملك الحبس الدائم
لان الرهن لم يشرع الا معتوضا بالقبض ولان الرهن عبارة عن الحبس في اللغة
والحبس لا يصح الا بملك الحبس واستحقاقه ثم حبس الشايع وحده لا يتصور لا يحبس
الكل وحبس الكل ليس بمستحق بالعقد لان العقد يتناول النصف لا الكل ولان الراهن
يحتاج الى الانتفاع بالنصف الباقي فليس للمرتهن ان يمنعه عن الانتفاع به فلو تصور
حبس الشايع انما يتصور بطريق التهايو وحبسه بطريق التهايو فاسد لان في اليوم
الذي يحبسه المرتهن يحبس النصف بحكم الرهن والنصف الاخر بحكم النيابة عن المالك وفي
اليوم الذي يحبسه المالك يحبس النصف بحكم الملك والنصف الاخر ايضا بحكم الملك لان
المالك لا يصح ان يكون متصرفا في ملكه بطريق النيابة عن غيره الا انه يعتبر عن هذا الا انه
يعتبر رضا المرتهن لرد الحق فاذا زال حقه يحبس الراهن الكل بحكم الملك
فاذا لم يصلح ان يكون نايبا عن المرتهن كان حكم الرهن ثابتا موقتا معنى وكانه
قال رهنتك يوما ويوما لا فلو صرح بذلك لا يصح الرهن فكذا هذا وخرج الجواب
بهذا عن الرهن من رجلين لان احد المرتهنين يحبس النصف بحكم الرهن والنصف
الاخر بحكم النيابة عن صاحبه وكذلك الاخر وكان حكم الرهن ثابتا على سبيل الدوام
والجواب عن قول الخصم في هبة المشاع وصدقة المشاع فيما لا يحتمل القسمة فنقول
لا نم انه ذكر والجواب ان القبض منصوص حقيقته بل اكتفى ثمة بالقبض الى صير

وهو قبض المعقود عليه مدعما الى غيره لان القبض شرط ثمة والشروط اتباع فاكتفي بالقبض
القاصر لان غيره لا يتصور في الشايع اما ههنا فالحبس حكم والحكم هو الاصل والمقصود فلم يكتف
فيه بالقاصر من القبض ثبوت يد الاستيفا والمراد منه اختصاص المرتهن بالرهن
حبسا الى ان يقضي الراهن دينه وهذا المعنى لا يتصور في المشاع لان اليد لا تثبت حقيقة
الا على جزء معين قوله الى المقصود منه اي من الحبس الدائم والمقصود هو الاستيفا من الوجه
الذي بينه قبل ثلاثة اوراق بقوله ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفا وهو ان يكون موصلا اليه
وذلك ثابت بملك اليد والحبس ليقع الامن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا
عن الانتفاع فيتسارع الى قضا الدين لحاجته او لضجره قوله على الوجه الثاني اراد به قوله
والثاني ان موجب الرهن هو الحبس الدائم وقال القدوري في شرحه وقالوا في رهن المشاع لا يجوز
من الشريك فكذلك كرهبة المشاع وجوز ابو حنيفة اجارة المشاع من الشريك في الرواية المشهورة
لان المانع من الرهن عدم استدامة القبض وهذا المعنى موجود في الرهن من الشريك لان
المرتهن يمسكه يوما رهنا ويوما يستخدمه وليس برهن والمانع من الهبة التفريط في الاقباض
وهذا موجود في الشريك والمانع من الاجارة ان المستاجر لا يتمكن من استيفا ما تناوله
العقد الا بالمهايات وهذا المعنى لا يوجد في الشريك قوله والشيوع الطاري يمنع بقا الرهن
في رواية الاصل قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي واما الاشاعة الطارية فذكر في كتاب
الرهن انها تمنع من الرهن وصورتها ان توكل الراهن العدل ببيع الرهن كيف راه مجتمعا
ومتفرقا فيبيع بعض العين او يرهن قلبا فيه عشرون درهما فصار لعشرة دراهم فينكسر فيضمن
المرتهن نصف القلب وهي حصة المضمون وبقي حصة الامانة رهنا فينقطع حتى لا يكون
مشاعا وروى ابن سماعة عن ابي يوسف عن ابي يوسف انه رجع عن هذا القول وقال الاشاعة
الطارية لا تمنع صحة الرهن كما لا تمنع بقا الهبة وجه رواية الاصل ان الاشاعة تؤثر في
الابتدا لانها تمنع من استدامة قبض المرتهن وهذا المعنى موجود في الاشاعة الطارية
وليس كذلك الهبة لان الاشاعة تمنع منها لتاثيرها في القبض واستدامة القبض ليس بشرط
تبين الفرق بينهما ان الواهب لو رجع في بعض الهبة بعد الهبة في الباقي وان تفاسخ الراهن
والمرتهن ببعض الرهن واراد استدامة العقد في الباقي لم يجز وجه رواية ابن سماعة
ان حكم البقا اسهل من حكم الابتدا بدليل ان العدل يبيع الرهن فيصير الثمن في ذمة المشتري

يهنا ولو رهنه في الابتدا دينا لم يجز فكذلك لا يمنع ان يبقى الرهن في المشاع في حال البقا وانما لم
يصح في حال الابتدا ولانه عقد من شرط صحته القبض فالاشاعة الطارية لا تؤثر فيه كالهبة
كذا ذكر القدوري وذكر في الطريقة البرهانية المطولة صورة الشيوع الطاري ما لو رهن من
رجلين ثم مات احدهما قوله لنفي الخزاعة اي بمنزلة العتق ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة
اي لا جل ان الملك حكم الهبة والمشاع لا ينافيه صح الرجوع في بعض الهبة بخلاف الرهن لان
حكمه ملك الحبس الدائم والاشاعة تنافيه فلم يصح النقاسخ في بعض الرهن قوله قال ولا
رهن ثمرة على روس النخيل دون النخيل ولا زرع في الارض دون الارض ولا رهن النخل في الارض
دونها اي قال القدوري في مختصره ولا يجوز رهن ثمرة في نخل ولا كرم ولا شجرة حتى يكون
وتسليمه الى المرتهن ولا رهن ذلك دون ثمرته ولا رهنها دون الارض وكذلك ان رهن زرعا
في ارض دون الارض او رهن الارض دون الزرع ولا يجوز رهن الارض دون ما فيها
من نخل او شجر او كرم الى هنا لفظ الكرخي وذلك لان المرهون يتصل بغيره لا يمكن حبسه دونه
فكان في معنى رهن المشاع وذلك باطل لانه ينافي القبض فيه وحده كذا هذا المعنى
قوله وعن ابي حنيفة ان رهن الارض بدون الشجر جائز قال الكرخي في مختصره وان رهن
الارض فيها نخل او شجر او كرم فقال قد رهنتك الارض دون النخل والشجر والكرم فان الحسن
بن زياد روى عن ابي حنيفة ان ذلك جائز واما ابو يوسف ومحمد فقالا ان الرهن باطل ولم
يحكيا خلافا الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قال القدوري في شرحه والمشهور ان الرهن باطل
ووجهه ان الرهن مشغول بما ليس برهن فصار كرهن الارض التي فيها متاع للراهن وقد
قال الحسن في روايته انه لو رهن الارض دون البنا لم يصح لان الرهن مشغول بالبنا وكذلك
هو مشغول بالنخل والشجر ووجه رواية الحسن ان النخل عبارة عن البدن مع مكانه والشجر عبارة
عن الخشب بموضعه الا ترى انه في غير موضعه جذع وليس بنخل وكانه استثنى النخل بمكانه من
الارض فيصير راهنا لما سواه وذلك جائز وليس كذلك اذا استثنى البنا لان ذلك عبارة
عن الانقاض دون مكانها فيدخل مكانها في الرهن وهو مشغول بها فلا يصح واما اذا رهن
الارض واستثنى النخل بمواضعها جاز في قولهم جميعا لانه رهن ما سواه وذلك بقعة مجاورة
مجاورة لمكان النخل فيصح فيها الرهن كذا ذكر القدوري في شرحه قوله ولو رهن النخيل بمواضعها
جاز ذكرها تفريعا على مسئلة المختصر مرتبا بها انما قوله ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن ذكرها

تفريعا ايضا اي لو كان في النخل الذي رهنه بمواضعه ثمر دخل في الرهن لان العقد لا يصح على النخل دون
الثمر ودخوله في العقد لا يوجب زوال ملك الراهن عنه وقد قصد الى عقد صحيح فدخل فيه ما لا يصح
الا به وليس كذلك اذا باع لان بيع الثمرة دون النخل يصح فلم يكن بنا حاجة الى ادخال الثمر بغير تسميته
قوله بخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر عطف على قوله بخلاف
البيع يعني كما ان الثمر لا يدخل من غير ذكر في بيع النخل فكذلك لا يدخل المتاع في الدار في رهن الدار بلا ذكر
قال القدوري في شرحه هلا ادخلتم المتاع في الرهن وان لم يسمه طلبا لتصحيح العقد كما ادخلتم
الثمرة والزرع لان الثمرة والزرع في حكم التابع للنخل والارض الا ترى انه لو باعهما دخلا بقليل وكثير
هو منها فدخل في المبيع والمتاع ليس من حقوقها فلا يجوز ان يدخل من غير تسميته وكذلك يدخل الزرع
والرطبة في رهن الارض ولا يدخل في البيع ذكرها تفريعا ايضا قال الشيخ ابو الحسن الكرخي رحمه الله في
مختصره وان قال رهنتك هذه الدار او هذه الارض او هذه القرية واطلق القول اطلاقا
ولم يخص شيا دون شي دخل البنا والنخل والشجر والكرم الذي في الارض في الرهن وكذلك يدخل
الزرع والرطبة في الرهن ولا يشبه الرهن البيع لان الرهن لم يخرج من ملك الراهن بعقد الرهن
وخرج من ملك البايع في البيع وهذا قولهم جميعا الى هنا لفظ الكرخي في مختصره قال القدوري
في شرحه واما البنا والغرس فيدخل في البيع وان لم تفتقر صحة البيع الى دخوله فلان يدخل في
الرهن وصحته تفتقر الى دخوله اولى فاما الزرع والرطبة فلا يدخل في البيع ويدخل في الرهن
لما بينا في الثمرة ان الرهن لا يصح دون ذكره ودخوله فيه لا يخرجه من ملك الراهن فلذلك
دخل تصحيحا للعقد لما ذكرنا في الثمر اشارة الى قوله لانه تابع قوله ولو رهن الدار بما فيها
جاز ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتدا الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته وان لا
بطل كله ذكره تفريعا ايضا قال الشيخ ابو الحسن الكرخي فان رهن الارض بما فيها او
استحق الدار ثم استحق بعض الرهن نظرت الى ما بقي فان كان يجوز ابتدا الرهن
عليه وحده فهو باق على الرهن بحصته من الدين وان كان ابتدا الرهن لا يجوز عليه بطل
الرهن كله الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله يعني اذا كان الباقي متفرقا ابقى الرهن فيه
وان كان شايعا بطل وذلك لان بالاستحقاق تبين ان المستحق لم يكن داخلا في العقد
فصار راهنا لما بقي فان كان متفرقا جاز والا فلا وقال الامام الاسبيجابي في شرح
الطحاوي واذا استحق بعض الرهن بعد صحته فانه ينظر ان كان الباقي بعد ورود
الاستحقاق محتملا ان يجوز الرهن عليه ابتدا فلا يبطل الرهن فيه ويكون الباقي محبوسا

بجميع الدين ولكنه يكون محبوسا بحصته من الدين ان قسم الدين على قيمته وقيمة ما استحق منه
من حيث انه لو هلك الباقي هلك بحصته من الدين وان كان في قيمته وفا بالدين لا يذهب
جميع الدين بخلاف ما اذا رهن الباقي بالدين ابتدا وفيه وفا بالدين ولو كان الباقي يعدل
الاستحقاق فيما لا يجوز رهنه ابتدا فانه يبطل الرهن قوله ويمنع التسليم كون الراهن
او متاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه في الوعا المرهون ذكرها تفريعا الخ قال القدوري
في شرحه قال الحسن عن ابي حنيفة اذا رهنه دارا والراهن والمرتهن جميعا في جوفها
فقال قد سلمتها اليك ودفعتها اليك رهنا فقال المرتهن قد قبلت لم يكن رهنا حتى
يخرج الراهن من الدار بعد ذلك لم يتم الرهن الا ان يقول الراهن قد سلمتها بعد ما خرج من
الدار وذلك لانهما اذا كانا في الدار فيد صاحب الدار ثابتة فيها فلم يصح تسليمها الى المرتهن
واذا لم يصح ذلك التسليم حتى خرج احتاج الى تجديد تسليم اخر قال وان كان في الدار متاع
قليل او كثير او ثياب او حب او شي مما ينتفع به ثم سلم الدار رهنا وذلك فيها لم يتم الرهن
حتى يفرغ ذلك منها لان الدار مشغولة بما فيها فيمنع ذلك من تسليمها قال ولو رهنه الدار
وما فيها وخلى بينه وبينها وهو خارج منها تم الرهن وذلك لان ما فيها يصح رهنه
فاذا دخل في الرهن لم يمنع من صحة القبض في الدار قوله ويمنع تسليم الدابة المرهونة
الحمل عليها ولا يتم حتى يلقي الحمل عنها ويدفعها وذلك لانها مشغولة بالحمل كشغل الدار
بالمتاع فان رهنه الحمل دون الدابة ودفعها اليه بالحمل كان ذلك رهنا تاما في الحمل وذلك
لان الرهن ليس بمشغول بغيره ولا تابع له فصار كرهن متاع في دار اذا خلى بينه وبينه
قال فان رهنه سرجا على دابة او لجاما في راس الدابة او رسنا في راسها ودفع اليه
الدابة بالسرج واللجام والرسن لم يكن رهنا حتى ينزعه عن الدابة ثم يقبضه فيتم فيه
الرهن قال وهذا كله على قياس قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وذلك لان السرج
واللجام من توابع الدابة فلا يصح افراده عنها بالرهن كثمرة النخل ولهذا قالوا لو رهنه
دابة عليها سرج ولجام ورسن وذلك للراهن دخل في الرهن لانه من توابعها فلا يصح افراده
بالرهن دونها قوله قال ولا يصح الرهن بالامانات كالودايع والعواري والمضاربات
ومال الشركة اي قال القدوري في مختصره وذلك لان مقتضى قبض الرهن هو الضمان
فما ليس بمضمون لا يصح ذكر فيه فلا يكون الرهن به وقد مر بيان ما يجوز الرهن به وما لا يجوز

من الاعيان في عقد قوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره
قال فان هلك الرهن وقد اخذ بشي من هذه الاعيان المضمونة بانفسها فانه يقال لمن في يده
تلك العين سلم ما في يدك وخذ من المرتهن الاقل من الدين ومن قيمة الرهن وذلك لان الرهن
عندنا مضمون بالاقل من قيمته ومن قيمة الدين فاذا هلك صار كانه استوفى ما هو مضمون به
فاذا وصل اليه العين يجب عليه رد قدر المضمون قال وان هلكت الاعيان قبل الرهن فالرهن
رهن بقيمة تلك الاعيان لانه هو المضمون فان هلك الرهن بعد هلاك الاعيان هلك بالاقل من
قيمته ومن قيمة العين التي كان رهنا بها وهذا على ما قدمنا قوله قال والرهن بالدرك باطل
اي قال في الجامع الصغير وتفسيره رجل باع سلعة وقبض ثمنها وسلمها وخاف المشتري الاستحقاق
واخذ بالشراء رهنا بالدرك فانه باطل حتى اذا احبس الرهن فهلك عنده هلك امانة
حل الدرك او لم يحل وفي اللغة عبارة عن التبعة من كل شي فيراد به ضمان الثمن عند استحقاق
المبيع ثم ان الرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جايزة والفرق ان الرهن لا يجوز
الا بدين مضمون ولا ضمان قبل استحقاق المبيع فكان الرهن بالدرك رهنا بما ليس بمضمون
فلا يجوز فلو جاز لجاز بما سيجب كان معلقا بالخطر والرهن لا يحتمل التعليق لان فيه معنى التمليك
لان الارتهان استيفا والرهن ايفا فكان فيه معنى المبادلة والتمليكات لا يصح تعليقها
بالاخطار بخلاف الكفالة فانها عقد التزام والالتزامات مما يصح تعليقها بالاخطار
كايجاب الصوم والصلاة والصدقة فانها تحتمل التعليق بالخطر والاضافة ولهذا جازت
الكفالة بما يذوب له عليه ولم يجز الرهن بما يذوب له عليه قوله ولهذا تصح الكفالة بما ذاب
له ايضاحه لقوله والتزام الافعال يصح مضافا الى المال قوله بخلاف الرهن بالدين الموعود
متصل بقوله هلك امانة يعني انه لا يهلك امانة بل يهلك مضمونا قوله يهلك بما سمي من المال
بمقابلته اي بمقابلة الرهن وفيه تسامح لانه يهلك بالاقل من قيمته ومما سمي له من القرض الا ان
الى ما قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولو اخذ الرهن بشرط ان يقرضه كذا فهلك
في يده قبل ان يقرضه هلك بالاقل من قيمته ومما سمي له من القرض لان قبضه بسوم الرهن
فالمقبوض بسوم الرهن مضمون كالمقبوض بسوم البيع اذا هلك في يد المساوم ضمن
قيمته وان قبضه باذن صاحبه قوله قال ويصح الرهن براس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه
اي قال القدوري في مختصره وقال زفر لا يصح قال في اشارات الاسرار اذا اخذ بدل الصرف
او راس المال في باب السلم رهنا فهلك قبل الافتراق تم القبض استحسانا خلافا لزفر

وهو القياس وجه قول زفر ان الرهن اذا هلك كان المرتهن مستوفيا للدين من الرهن واستيفا
عين راس المال وبدل الصرف والمسلم فيه لا يجوز لان استبدال هذه الاشيا من غير جنسه لا يجوز
ولنا ان الرهن للاستيفا وذلك انما يتمكن استيفاؤه من الرهن جاز الرهن به كما في الرهن
بساير الديون وهذه ديون يمكن استيفاؤها من الرهن فيصح الرهن به والرهن وان لم يكن من
جنسه حقيقة صورة فهو من جنسه حقيقة معنى وهو المالية والمضمون من الرهن معناه لا صورته
لان صورته امانة فاذا هلك الرهن في المجلس تم العقد وصار مستوفيا لحقه وقوله على ما
مر اشارة الى ما ذكر في اوايل كتاب الرهن والاستيفا يقع بالمالية اما العين امانة قوله
وباب الاستبدال فيهما مسدود اي في راس مال السلم وبدل الصرف والمسلم فيه وذلك
لان قبض راس المال وبدل الصرف في المجلس شرط وبالاستبدال يفوت ذلك بخلاف الاستبدال
بالثمن فانه يجوز لان قبضه ليس بشرط والمسلم فيه مبيع دين فلا يجوز الاستبدال به كالمبيع العين
لان التصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز قوله والرهن بالمبيع باطل وذلك لانه ليس في مقابلته
حق مضمون بنفسه الا ترى ان المبيع اذا هلك سقط ضمانه ولا يجوز ان يكون الرهن بالثمن
لان الثمن حق للبايع على المشتري فلا يجوز ان يعطي به الرهن فان هلك الرهن في يد المشتري
فالمبيع على حاله ويذهب الرهن بغير شي لانه غير مضمون فلو اعطاه الموجر رهنا بعبد الاجارة
فالرهن باطل لانه ليس بمضمون عليه الا ترى انه اذا هلك انفسخت الاجارة كذا ذكر الصدر
في شرحه قوله وان افترقا قبل هلاك الرهن بطل اي ان افترق العاقدان في الصرف والسلم
قبل هلاك الرهن بطل الصرف والسلم لانه لم يوجد القبض المستحق في المجلس حقيقة ولا حكما
بخلاف ما اذا افترقا بعد هلاك الرهن لانه وجد القبض حكما فاستحكم العقد بالانتها
بالقبض السابق قوله وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم قال ومعناه ان يصير مستوفيا
للمسلم فيه فلم يبق السلم وهذا ليس على اطلاقه لانه انما يصير مستوفيا للمسلم فيه اذا كان في الرهن
وفا به اما اذا كان الرهن اقل منه فلا الا ترى الى ما قال في باب السلم من شرح الطحاوي
فان هلك الرهن في يده صار مستوفيا للسلم وفي الزيادة يكون امينا وان كان قيمته اقل
من المسلم فيه صار مستوفيا لذلك القدر ويرجع عليه بالباقي قوله ولو تفاسخا السلم
وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا براس المال حتى يحبسه وجملة القول هنا ما ذكره في الباب
الثاني من كتاب الرهن من شرح الكافي واذا اسلم الرجل حنطة الى رجل في طعام مسمى واخذ
منه عبدا يساوي ذلك الطعام رهنا وقبضه ثم صالحه على راس ماله والقياس ان يقبض

الراهن

الراهن العبد ويكون راس المال دينا عليه ولكنا ندع القياس ونجعله رهنا في يده حتى
يستوفي راس المال وهذا اعتمادنا وقال زفر الرهن بالمسلم فيه باطل لان عنده الرهن انما
يصح بدين يصح الاستبدال به لا بدين لا يصح الاستبدال به ولهذا لا يجوز ببدل الصرف ايضا
هو يقول بان استيفا الدين انما يقع بما هو من جنس الدين لا بما هو من خلاف جنسه والعبد
ليس من جنس الطعام الا انه يصير به مستبدلا عند اختلاف الجنس فيستقيم ذلك في دين
يحتمل الاستبدال لا في دين لا يحتمل والمسلم فيه مما لا يحتمله فيبطل الرهن به وانا نقول ان
الاستيفا انما يقع بالمالية والمالية من جنس الدين فاستقام الاستيفا به في الاحوال كلها
ولئن قال مالية الرهن مقدرة بالدراهم قلنا التقدير بالدراهم ليس بحتم بل يجوز
تقديرها بشي آخر وانما جا الشرع بتقديره بالدراهم تيسير الامر على العباد
وهذا لا يقتضي الحجر عن التقدير بغيرها حتى قصدا الرهن بالطعام مع علمهما
ان هذا عقد استيفا كان ذلك تقديرا للمالية بالطعام تحقيقا لغرضهما ومتى صارت
ماليته مقدرة بذلك تحقق معنى الاستيفا به حينئذ وصار كان الرهن بشي من
جنس الدين حينئذ فصح فان صالحه على راس المال فالقياس ان يسترده لانه رهن
بالمسلم فيه وهذا دين آخر غيره الا ترى ان الاول واجب بالعقد وهذا واجب
بالقبض والرهن بدين لا يكون رهنا بدين آخر الا ترى ان الاول واجب بالعقد
وهذا واجب بالقبض والرهن بدين لا يكون وما لم يكن رهنا به لا يكون له حبسه
به الا انا استحسنا وقلنا له ان يحبسه لاستيفا راس المال وان لم يكن رهنا به
لان في الرهن بالمسلم فيه استيفا له من وجه فصار كما لو استوفاه حقيقة ولو استوفاه
حقيقة ثم تقايلا كان له ان يحبسه لاستيفا ما يقابله تحقيقا للمساواة في الاقالة التي هي
في معنى العقد فكذا اذا صار مستوفيا من وجه فان هلك العبد عنده من غير ان يمنعه
فعلى المرتهن ان يعطي مثل الطعام الذي كان له على المسلم اليه ويأخذ راس ماله لان بقبض
الرهن صارت ماليته مضمونة بطعام المسلم وقد بقي حكم الرهن الى ان هلك فصار بهلاك
الرهن مستوفيا طعام السلم ولو استوفاه حقيقة قبل الاقالة ثم تقايلا او بعد الاقالة
يلزمه رد المستوفي واسترداد راس المال فكذلك هنا لان الاقالة في باب السلم
لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتها فبهلاك الرهن لا تبطل الاقالة وان صار مستوفيا طعامه

...

حبله هالكا بالطعام لا برأس المال لانه ليس برهن به لكنه محبوس به لما قلنا وكونه اي يكون الشيء
محبوسا بالشيء ولا يكون مضمونا به الا ترى ان من اشترى عبدا بالف درهم شراء فاسدا ونقدها
كان للمشتري ان يحبس العبد لاستيفاء الثمن منه ولو هلك العبد عنده هلك بقيمته لا بالثمن لانه
ليس برهن بالثمن ولكنه مقابل بالثمن فله ان يحبسه عنه لاستيفاء ما يقابله فكذا هذا قوله
ولو هلك الرهن اي رهن المسلم فيه قوله وان كان محبوسا بغيره اي وان كان الرهن محبوسا بغير الطعام وهو رأس المال يعني ان الرهن محبوس برأس المال وليس بمضمون به بل هو مضمون
بالطعام المسلم فيه ومراده ان الشيء يجوز ان يكون محبوسا بشيء ولا يكون مضمونا به وقد مر
بيانه انفا قوله لما بينا اي لان الثمن بدل المبيع قوله ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب
وام الولد قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في كل ما لا يجوز بيعه لم يصح المتعاقدين عليه فلا يجوز لانه
لا يجوز رهن حر ولا مدبر ولا مكاتب ولا ام ولد ولا يجوز ان يرهن المسلم خمرا ولا خنزيرا
ولا يرتهنه وسواء كان المتعاقدان مسلمين او احدهما ويجوز ان يتعاقد الخمر والخنزير بين اهل
الذمة اذا كان المتعاقدان جميعا ذميين فاما رهن الميتة والدم لا يجوز على حال من احد الا كان
من ذمي ولا غيره الى هنا لفظ الكرخي وقال في الوجيز وعن الشافعي ان رهن المدبر باطل
وفيه قول مخرج منقاس انه يصح الى هنا لفظ الوجيز وذلك لان الرهن تقبض للاستيفاء
ولا يتصور استيفاء الدين من هذه الاعيان لانه لا يجوز بيعها اما الحر فلانه ليس بمحل البيع
لان محله المال المتقوم والكتابة والاستيلاد ولانه عقد لا يصح على ام الولد فلا يصح على
المدبر كالوصية والخلاف مبني على ان بيع المدبر يجوز ام لا قوله ولا يجوز الرهن بالكفالة
وكذا بالقصاص في النفس وما دونها ذكرها بسبيل التفريع واعلم لم يجز الرهن بالكفالة
بالنفس لان المكفول به ليس بمضمون على الكفيل ولهذا اذا هلك لم يلزمه شيء فلا يصح
الرهن بما ليس بمضمون ولان المكفول به لا يمكن استيفاؤه من نفس الرهن لان المضمون
هو احضار المكفول به وهذا المعنى لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لان المكفول به غير
الكفيل واما القصاص في النفس وما دونها فلا يصح الرهن به لان حق القصاص لا يمكن
استيفاؤه من غير الراهن وقيد وقع الاحتراز بالرهن بالقصاص عن الرهن ببدل الصلح
عن دم العمد فانه جائز لانه مضمون بنفسه فاذا هلك يجب مثله ان كان له مثل او قيمته
ان لم يكن له مثل وان هلك الرهن والعين المضمونة قائم في يد الراهن يقال له سلم العين التي في يدك

وضمن

وضمن المرتهن الاقل من الدين ومن قيمة الرهن وقد مر ذلك في هذا الباب فان كانت
الجنايات خطأ جاز الرهن بأروشها لانه يمكن استيفاء الارش من الرهن كذا ذكره
القدوري في شرحه ثم الرهن ببدل الصلح عن دم العمد جائز لما قلنا فاما اذا كانت
الجناية خطأ فصالحه من ذلك على عبد او ثوب او شيء مما يكال او يوزن بعينه ثم رهنه
بذلك رهنا مقبوضا لم يجز لان البدل ههنا غير مضمون بنفسه الا ترى انه اذا هلك
انفسخ الصلح وقد مر ذلك قبل هذا الباب عند قوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون
قوله ولا يجوز بالشفعة انما لا يجوز الرهن بالشفعة لان المبيع ليس بمضمون على المشتري
للشفيع الا ترى ان المبيع اذا هلك لا يلزم المشتري ضمان وقد ذكرها بسبيل التفريع ايضا
قوله ولا بالعبد الجاني والعبد المديون ذكرها تفريعا ايضا وذلك لان رقبته ليست بمضمونة
على المولى ولهذا اذا هلكت لم يلزمه شيء ذكرها تفريعا ايضا قال الكرخي في مختصره ولا يجوز
الرهن ايضا بما لا يتوصل الى استيفائه من الرهن او من ثمنه ولا بما لو هلك لم يجب بهلاكه
شيء على احد مثل الكفالة بالنفس والشفعة والعبد الذي في رقابهم الجنايات على بني ادم
لان العبد الجاني لو مات بطل حق المجني عليه ولا يلزم المولى من ذلك شيء وكذلك المكفول
بنفسه لو مات بطلت الكفالة ولم يجب على الكفيل شيء وكذلك ما وجبت فيه الشفعة لو غلب عليه
دجلة او الفرات بطل حق الشفيع ولم يجب على المشتري فيه شيء وكذلك العبد الذي في رقابهم
الدين لا يجوز للغرماء ان يأخذوا من المولى رهنا برقبته ولا من العبد اذا كان مأذونا له
في التجارة لان الرقبة ليست بمضمونة على احد الا ترى ان العبد المديون لو مات لم يجب بموته
على احد شيء الى هنا لفظ الكرخي في مختصره قوله ولا باجرة النائحة والمغنية اي لا يجوز الرهن
باجرهما ذكرها تفريعا ايضا قال الكرخي في مختصره وكذلك رجل استأجر نائحة او مغنية باجر معلوم
واعطاها بالاجر رهنا فضاع في يدها لم يكن عليها في ذلك الرهن ضمان لانه اخذ بغير دين واجب
الى هنا لفظ الكرخي وذلك لان الاجارة على ذلك باطلة والاجرة غير مضمونة والرهن اذا لم
يكن في مقابلته شيء مضمون كان باطلا قوله ولا يجوز للمسلم ان يرهن خمرا ولا يرتهنه من مسلم
او ذمي ذكرها تفريعا ايضا وكذلك الحكم في الخنزير وذلك لان الرهن للايفاء والاستيفاء
والمسلم لا يملك الايفاء اذا كان هو الراهن ولا يملك الاستيفاء اذا كان هو المرتهن الا ان
الراهن اذا كان ذميا فان الخمر مضمونة على المسلم لحق الذمي كما يضمنها بالغصب وان كان المرتهن

ذمياً لم يضمنها لحق المسلم كما لا يضمنها في الغصب واما اذا جرى عقد الرهن بين اهل الذمة جاز
ذلك في الخمر والخنزير لانهما مال عندهم فالخنزير بينهم كالشاة لنا والخمر بينهم كالعصير لنا بخلاف رهن
الدم والميتة وان تبايعا فان ذلك لا يجوز اصلاً من ذمي ولا من غيره لانهما ليسا بمال حكم
بغير التصرف فيهما وكذلك في الاجناس عن نوادر هشام وقال محمد نصراني
رهن عند نصراني خمراً قيمته عشرة دراهم بعشرة له عليه فاسلم
الراهن فسد الرهن ولو هلك الخمر لا شيء على صاحب الدين ولو كان
اسلم المرتهن ذهب بالعشرة وعرف بينهما بانه خارج من
الرهن والخمر مضمون على المسلم للنصراني كذلك دينه وعقله لا يكون
الخمر مضموناً لمسلم على الذمي فكان رهناً فاسداً فلا يذهب به فقد نص
على ان الرهن الفاسد لا يذهب بهلاكه الدين كذا في الاجناس م
وقال الكرخي في مختصره واذا قبض المرتهن الرهن في جميع ما وصفنا
لك انه لا يجوز في هذا الباب فهلك في يده فلا ضمان عليه الا الخمر
والخنزير اذا كان الراهن ذمياً والمرتهن مسلماً فهلك في يده فانه يضمن
الاقل من قيمته ومن الدين وقال القدوري في شرحه ان الرهن على ثلاثة
اضرب رهن جائز وهو الرهن بالديون والاعيان المضمونة بانفسها ورهن
فاسد كالرهن بالخمر ورهن باطل كالرهن بالودائع والاعيان المضمونة
بغيرها فالصحيح من الرهن يتعلق به الضمان والفاسد يتعلق به الضمان
كما يتعلق الضمان بالفاسد من البيع والباطل لا يتعلق به الضمان كالبيع
بالميتة والدم قوله ولو اشترى عبداً ورهن بثمنه عبداً او خلاً او شاة
مذبوحة ثم ظهر ان العبد حر والخل خمر والشاة ميتة فالرهن مضمون
ان ظهر العبد المشترى حراً والخل المشترى خمراً والمذبوحة ميتة والدليل
على هذا التقدير ما ذكره القدوري في شرحه لمختصر الكرخي ولو اشترى مسلم
من مسلم خلاً بدراهم واخذ منه رهناً بالثمن او اشترى شاة مذبوحة واعطاه
بالثمن رهناً وعلم ان الشاة كانت ميتة والخل خمراً ضمن المرتهن الرهن لانه قبضه
على ما هو المضمون في الظاهر ولو قتل عبداً فاعطاه بقيمته رهناً فضاع ثم

علم

علم ان العبد حر ضمن المرتهن الاقل من القيمة ومن قيمة الرهن وذلك
لانه قبضه على انه مضمون في الظاهر قال القدوري وهذا كله على
الرواية الظاهرة في الاصول ويجب على قول ابي يوسف ان لا يضمن لانه
قبضه وليس هناك ضمان في الحقيقة قوله وكذا اذا صالح على انكار
الى اخره ذكرها بسبيل التفريع وكذا اما تقدمها قال في الجامع الكبير
واذا ادعى رجل على رجل الف درهم قرضاً فجحدها المدعى عليه ثم انه
صالح المدعي من ذلك على خمسمائة درهم واعطى المدعي بذلك رهناً
يساوي خمسمائة درهم فضاع عنده ثم تصادقا جميعاً بعد ذلك
على ان ذلك المال كان باطلاً وانه لم يكن للمدعي عليه شيء ثم هلك الرهن
في يده كان على المرتهن ان يرد على الراهن خمسمائة لان الارتهان حصل
بدين مضمون على الراهن من حيث الظاهر فانهما لو اختصما الى القاضي قبل
ان يتصادقا على ما تصادقا عليه فان القاضي يجبر المدعى عليه على
ايفاء الخمسمائة وهذا لان الرهن قبض على جهة الضمان والمقبوض
على جهة الشيء كالمقبوض على حقيقته ولهذا كان المقبوض على سوم القرض
مضموناً على القابض وان حصل الارتهان بما هو غير مقبوض حقيقة وكذا
المقبوض على سوم الشراء يكون كالمقبوض على حقيقته حتى كان مضموناً
وان كان قبض بدل المال وهذا هو ظاهر الرواية ولم يذكر فيه
الخلاف ابي يوسف وقال القدوري في شرحه وقال بشر عن ابي يوسف
في نوادره في رجل ادعى على رجل ديناً فرهنه به رهناً عبداً فهلك العبد
وتصادقا انه لم يكن له عليه شيء قال لا يضمن الرهن لابي يوسف انهما
اذا تصادقا على بطلان الدين فقد قبض الرهن وليس هناك دين
مضمون فلا يتعلق به ضمان قوله وعن ابي يوسف خلافه اي خلاف
هذا الحكم وهو ما روى بشر عنه وقال الامام النسفي قوله وكذا قياسه
فيما تقدم من جنسه اي قياس ابي يوسف كذلك في عدم الضمان
فيما تقدم من المسائل من جنس هذا المذكور من حيث ان الرهن

لم يكن بدين مضمون في الحقيقة واراد بما تقدم ما ظهر العبد حرا
والخل خمرا والمدبر بوجه مبينة ففي كل ذلك لا يجب الضمان في قياس
قول ابي حنيفة وابي يوسف وان لم يكن الرواية محفوظة عنه صيغة قال
القدوري في شرحه ولو ادعى المودع المضارب هلاك الوديعة
او المضاربة وادعى صاحبها ان المودع والمضارب استهلكاها وتصالحا
على مال واعطاه به رهنا فهلك في يده لم يضمن في قول ابي يوسف
الاول ويضمن في قوله الاخير وهو قول محمد وهذا فرع على
اختلافهم في جواز الصلح بعد ادعاء المودع الهلاك قال ابو
حنيفة وابو يوسف الصلح باطل فقد قبض الرهن وليس هناك
مال مضمون في الظاهر وعلى قول محمد ان الصلح جايز والمال ثابت
والرهن مضمون قوله قال ويجوز للاب ان يرهن بدين عليه
عبدا لابنه الصغير اي قال في الجامع الصغير وهذا استحسان والقياس
ان لا يجوز وذكر عن ابي يوسف انه اخذ بالقياس كذا ذكر الفقيه
ابو الليث في شرح الجامع الصغير وذكر فخر الدين قاضي خان قول
الشافعي كقول ابي يوسف وجه القياس انه قضى دين نفسه من
مال ابنه وليس له ذلك بيانه ان الاب ليس له حقيقة الايفاء
بان يوفي دينه من مال الصغير فكذا ليس له ان يدفع مال
الصغير بجهة الايفاء لان الرهن محبوس بجهة الاستيفاء وجه
الاستحسان ان هذا تصرف يستوفي معاني الولاية والنظر
فيجوز لان ولاية الاب نظرية اما الولاية فلان عين الرهن امانة
عند المرتهن بمنزلة الوديعة محفوظ بيده والايداع داخل في ولاية
الاب فكذا ما كان في معناه واما النظر فلانه جعله مضمونا على الحافظ
ولو جعله محفوظا غير مضمون صح فلان يصح محفوظا ومضمونا اولى ويبقى
بعد ذلك انه صرف مال الصغير الى دين نفسه وذلك جايز لانه لو
كان لابنه الصغير دراهم فقضاها الاب بها دينه جاز فكانه اشتراه

عناه

عناه وعليه بضمانه وذلك جايز داخل في ولايته لان الاب يملك
ذلك بمثل القيمة كذا ذكر فخر الاسلام وغيره في شروح
الجامع الصغير ثم اذا صح الرهن فان هلك في يد المرتهن وفيه
وفا بالدين صار المرتهن مستوفيا دينه ويضمن الاب قيمته
لولده قال صاحب الهداية والوصي بمنزلة الاب في هذا الباب
يعني اذا رهن الوصي متاع اليتيم بدين عليه جاز لان الرهن لا يجيز
الملك في الحال كالكتابة وهو ضامن له كذا في الشامل والفقيه
ابو الليث ذكر القياس والاستحسان في الوصي كما في الاب قوله لما
بيناه اشارة الى قوله وهذا انظر في حق الصبي قوله وكذلك
لو سلط المرتهن على بيعه لان الاب والوصي يضمنان للصبي اذا
هلك عبده الذي رهناه عند المرتهن فكذلك يضمنان اذا سلطا
المرتهن على بيعه فباعه قوله قالوا اصل هذه المسالة البيع
اي قال المشايخ اصل مسالة رهن الاب او الوصي بدين نفسه متاع
الصغير البيع فانهما اذا باعا متاع الصغير ممن له دين عليهما يقع المقاصة
بين الدين والثمن على قول ابي حنيفة ومحمد ويضمنان للصغير
وعند ابي يوسف لا يقع المقاصة بل يبقى دين الغريم على
الاب او الوصي كما كان ويكون الثمن للصغير على المشتري فاذا
ثبت هذا الاختلاف في البيع ثبت في الرهن ايضا لان الرهن
لما فيه بالنظر الى كونه مضمونا نظير البيع قوله وكذا
وكيل البايع بالبيع يعني اذا باع الوكيل ممن له عليه
دين يقع المقاصة عندهما خلافا لابي يوسف قال في
كتاب الوكالة لشمس الائمة السرخسي يعني والنكتة
الوكيل بالبيع يملك اسقاط الثمن عن المشتري بالاقالة

والابراء والمقاصة بما على الوكيل عندهما وقال
ابو يوسف لا يملك ذلك ثم فرق بينهما ثم في وقوع
المقاصة ان كان دين المشتري على الموكل وهو مثل
الثمن صار قصاصا اجماعا وان كان دينه على الوكيل
فعلى الاختلاف وان كان دينه عليهما يصير قصاصا
بدين الموكل اما عند ابي يوسف فظاهر واما عندهما
فلان الثمن لو صار قصاصا بدين الوكيل لاحتجنا
الى قضاء الوكيل للموكل ولو صار قصاصا بدين الموكل
لا يحتاج الى قضاء آخر فقصرنا المسافة ولان الموكل
يملك اسقاط الثمن على المشتري ثم فرق
بينهما وفي نوادر ابن سماعة ان كان دين المشتري
على الموكل فاراد ان يجعله قصاصا ليس له ذلك لان
الموكل ليس له مطالبة المشتري بالثمن قوله
واذا رهن الاب من نفسه او من ابن له صغير او عبد
له تاجر لا دين عليه جاز وهذه المسائل من هنا
الى قوله ويجوز رهن الدراهم والدنانير
من مسائل الاصل ذكرها تفريعا على مسألة
الجامع الصغير قال الحاكم الشهيد في مختصره
المسمى بالكافي فاذا رهن الاب من نفسه
متاع الصغير او من ابن له آخر صغير متاع الصغير
فهو جائز وكذلك لو رهنه من عبد له تاجر ليس
عليه دين يعني ارتهن الاب متاع الصغير بدين

للاب

للاب على الصغير بان باع الاب ماله من الصغير او رهن
الاب متاع احد ابنيه الصغيرين في الآخر بان
يكون لاحدهما دين على الآخر بان باع الاب
من مال احد الابنين من الآخر بان يقول مثلا بعت
عبد ابني فلان من ابني فلان او رهن الاب متاع
الصغير من عبد تاجر للاب لا دين على العبد بان
اشترى الاب متاع عبده التاجر الذي لا دين عليه
لاجل ابنه الصغير فصار للعبد دين على الصغير
فرهن الاب متاع الصغير بدينه عند الاب وانما قيد
بعدم الدين لانه الشبهة فيه لانه حينئذ
يكون ما في يده لمولاه ولكن لما جاز بيع الاب
مال نفسه من ابنه الصغير جاز بيع مال عبده
الذي لا دين عليه فاما اذا كان عليه دين لا يملك
المولى ما في يده عند ابي حنيفة فيكون ما في يده
كمال الاجنبي ويجوز شرا المولى منه بلا شبهة ثم انما
جاز رهن الاب متاع الصغيرة من نفسه
لانه يملك بيعه من نفسه فكذا يملك ان
يرهن من نفسه لانه لكمال رأيه وشفقته
نزل منزلة الشخصين من جانب الصغير في حق القبول
منه وفي حق الايجاب عاقدا لنفسه فنزل
منزلة شخصين بخلاف الوصي فانه وكيل حقيقة

وحقوق العقد راجعة اليه فلا يجوز ان يقوم
مقام شخصين لحقوق متضادة في الجانبين
كالوكيل في حال الحياة والاصل هنا ما ذكر
في الباب الحادي عشر من الزيادات على ترتيب
محمد ان الواحد لا يتولى طرفي العقد الا الاب
فانه يتولى طرفي البيع مال اليتيم من
نفسه او يبيع مال نفسه من اليتيم استحسانا
لان البيع يوجب حقوقا متضادة فلا يجوز
ان يكون الواحد بائعا ومشتريا ومطالبا ومطالبا
وقابضا ومسلما ومستردا ومستنقصا ومخا
صما الا الاب يبيع من ولده الصغير او يشتري
مال ولده الصغير لنفسه فان ذلك صحيح والقياس
انه باطل وهو قول زفر وعند الشافعي يجوز ان يبيع
من ولده ولا يجوز ان يشتري منه وجه الاستحسان
ان الاب لكمال شفقته قام مقام اثنين فاذا
قال اشتريته بكذا او قال بعته من هذا بكذا
صح وان لم يقل قبلت وكذلك الجد اب الاب بعد
موت الاب وينبغي له ان يشهد لان معاملته
للصغير لا تعرف من معاملته لنفسه فكان الاشهاد

احض

احض به وكذلك يبيع مال احد الولدين من الاخر واذا باع الوصي
ماله من اليتيم في حجره او اشترى مال اليتيم لنفسه لم يصح عندهما
على كل حال لانه اجنبي وانما قام الاب مقام شخصين لكمال شفقته
وما رأى الوصي كالوكيل وقال ابو حنيفة لا يصح الا بنفع ظاهر
وهو ان يبيع ما يساوي درهمين بدرهم او يشتري ما يساوي
درهما بدرهمين او بدرهم ونصف وكذا ما يعد غبنا فاحشا فانه
يعد نفعا ظاهرا هكذا ذكر فخر الاسلام في شرح الزيادات
والحاصل ان الاب اذا اشترى مال الصغير بغبن يسير
او باع ماله منه بغبن يسير جاز اما الوصي فانه
لا يجوز له شيء منه على كل حال عندهما وقال ابو حنيفة
يجوز اذا كان خيرا لليتيم وهو احدى الروايتين عن ابي
يوسف وهو قوله الاخر ذكره القاضي الامام علاء الدين
في زياداته وشمس الائمة السرخسي في شرح وصايا
ادب القاضي الخيرية انما اذا اشترى ما يساوي
عشرة بخمسة عشر فصاعدا فهذا خير
لليتيم وبما دونه لا واذا باع منه مال نفسه ما يساوي
ما يساوي خمسة عشر بعشرة فهو خير
وبما فوقه لا والفقيه ابو الليث ذكر في كتاب
نكت الوصايا قول ابي يوسف مع محمد ثم قال ثم رجع ابو يوسف الى
قول ابي حنيفة ولم يجز قال ولم يذكر

لا جوعه في ساير المواضع الا في هذا الموضع خاصة قوله متولي طرفي العقد وهما الايجاب والقبول
قوله ولو ارتهنه الوصي من نفسه اي لو ارتهن الوصي متاع الصغير بدين للوصي على الصغير او
من هذين اي لو ارتهن الوصي متاع الصغير بدين ابنه الصغير على الصغير اليتيم او ارتهن الوصي
متاع الصغير بدين عبد الوصي التاجر الذي لا دين عليه على اليتيم او رهن الوصي عبد الوصي بدين
اليتيم على الوصي وذلك كله لا يجوز لان الواحد لا يتولى طرفي العقد قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي
ولا يجوز للوصي ان يرهن متاع اليتيم من ابن له صغير ولا من عبد له تاجر وليس عليه دين لان
الرهن منهما كالرهن من نفسه ولو رهن من نفسه لا يجوز لما عرف ان الشخص الواحد لا يصلح
ان يكون عاقدا من الجانبين في عقود تتضمن حقوقا متباينة وهذا هكذا ولو رهن من ابن
له كبير او رهن من ابيه او مكاتبه او من عبد له تاجر عليه دين جاز لان العقد من هؤلاء
ليس كالعقد من نفسه الا ترى انه ليس له ولاية عليهم بخلاف البيع من هؤلاء عند ابي حنيفة
حيث لا يصح لانه انما لا يصح لمكان التهمة حتى لو انتفت التهمة بان بيع بمثل القيمة او باكثر
من القيمة من هؤلاء يصح ولا تدخل التهمة في الرهن لان حكمه على نمط واحد في الاحوال
كلها وكان العبد مع الاجنبي والقريب سواء فلا يدخل فيه تهمة كذا ذكر شيخ الاسلام
علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي قوله والرهن من ابنه الصغير اي من الوصي
ومن عبده اي من عبد الوصي قوله بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده التاجر كلها راجعة
الى الوصي قوله لان له حكما واحدا اي لان للرهن حكما واحدا وهو كونه مضمونا بالاقل
من قيمته ومن الدين قوله وان استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه ورهن به
متاعا لليتيم جاز يعني اذا استقرض الوصي لاجل اليتيم في طعامه وكسوته دراهم او دنانير
ورهن بذلك متاع اليتيم جاز وذلك لعموم ولاية الوصي على الصغير والرهن لايفاء الحق فللوصي
ان يوفي الحق على الصغير من مال الصغير قوله وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن او رهن يعني
اذا اتجر الوصي لاجل اليتيم فباع متاعه فاخذ رهنا او اشترى لاجل اليتيم فرهن متاع اليتيم
جاز ذلك لان الافضل للوصي ان يتجر لاجل اليتيم تثميرا لماله والتجارة ببيع وشرا فلا بد من
الايفاء والاستيفاء والرهن للاستيفا والايفا قوله واذا رهن الاب متاع الصغير فادرك الابن
ومات الاب ليس للابن ان يسترده حتى يقضي الدين وانما اطلق الرهن من الاب ولم يذكر انه
رهنه بدين نفسه او بدين الصغير لان الحكم واحد في الوجهين وكذلك الوصي اذا رهن متاع

الصغير ليس له ان يسترد الرهن حتى يقضي الدين بعد البلوغ ولكن اذا كان الرهن بدين
الاب او الوصي فقضاه بعد البلوغ له ان يرجع بما ادى لانه مضطر في القضاء قال الحاكم في مختصر
الكافي واذا رهن الوصي متاع اليتيم في نفقة اليتيم ثم ادرك اليتيم فافتكه له ذلك وان اراد ان يبطل
الرهن لم يكن له ذلك وذلك لان هذا عقد لازم تصدر عنه في حال ولايته عليه فلا يملك
ابطاله كما لو باع ماله او تصرف تصرفا اخر عليه وهو سبيل منه قوله من جانبه اي من جانب الصغير
قوله لقيامه مقامه اي لقيام الاب مقام الصغير قوله ولو كان الاب رهنه لنفسه فقضاه
الدين يرجع به في مال الاب يعني به اذا رهن الاب متاع ابنه الصغير في دين نفسه لا في دين
الصغير فقضاه الابن رجع به في مال الاب وذلك لانه قضى دينه وهو مضطر فيه احياء
لحق نفسه فاشبه معير الرهن وكذا اذا هلك الرهن قبل فكاك الرهن يرجع به الابن في
مال الاب لانه عند الهلاك يصير الاب قاضيا دين نفسه من مالية مال الابن فاستحق الابن
الرجوع عليه قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز قال الحاكم الشهيد
في الكافي واذا رهن الاب متاعا لولده بمال احدهما لنفسه ولولده الصغير جاز لانه
لو رهنه بدين نفسه جاز وبدين الصغير جاز فاذا اجتمعا يجوز ايضا فلو هلك ضمن الاب
حصة نفسه من الرهن للولد لانه في حصته صار قاضيا دينه من مال الولد وكذلك الوصي
وكذلك الجد اب الاب اذا لم يكن له وصي كذا في شرح الكافي قوله لاشتماله على امرين جائزين
الا انهما رهن الاب متاع الصغير بدين نفسه وبدين الصغير قوله ولو رهن الوصي متاعا
لليتيم في دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع
في يد الوصي فانه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم وذلك لان رهن الوصي كرهن اليتيم
واستعارته كاستعارته ولو فعل ذلك اليتيم بنفسه بعد البلوغ ثم هلك الرهن لم يهلك
على المرتهن فكذا هذا لانه انما يهلك على المرتهن اذا لو هلك في يده ولم يهلك في يده لا حقيقة
ولا حكما لان يد الراهن يد نفسه لانه مالك لا يد المرتهن لانه لا يصلح نائبا في ملكه من غيره
فاذا انتفت اثرها لكونه في يد الراهن من كل وجه هلك عليه لا على المرتهن والقبض للوصي
لليتيم لانه انما استعاره لحاجة اليتيم لا لحاجة نفسه وله هذه الولاية وانما المانع حق المرتهن
وقد زال ذلك برضاه ويرجع المرتهن على الوصي بدينه لانه لم يسقط ثم يرجع به الوصي على اليتيم
لانه قضى دينه ولو ان الوصي استعار الرهن لحاجة نفسه ثم هلك في يده يضمنه للصبي لانه ليس له
ولاية استعمال مال الصغير لحاجة نفسه وكان متعديا فيضمن قوله والحكم فيه هذا

استعمالا
على ما نبينه اي الحكم في فعل اليتيم بعد البلوغ هذا وهو انه يهلك من ماله اذا ارهنه فاستعمله
فهلك في يده وانقالكه بقوله على ما نبينه الى ما ذكره بعد سطر او ان في باب التصرف
في الرهن عند قوله واذا اعار المرتهن الرهن للراهن حيث قال فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء
لفوات القبض المضمون **قوله** ولو غصبه الوصي بعد ما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك
عنده فالوصي ضامن لقيمته قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو رهن الوصي مال اليتيم ثم غصبه واستعمله
حتى هلك عنده فالوصي ضامن للقيمة لانه ليس سبيل من بعد اشرعا قصار متعديا في حق المرتهن
وفي حق الصبي جميعا اما في حق المرتهن فلانه غصبه واستعمله واما في حق الصبي فلان الوصي
استعمله في حاجة نفسه لا في حاجة الصبي فيجب عليه ضمان القيمة فيقضي الوصي بالقيمة الدين
ان كان على الدين فان كان الدين والقيمة سوا اداها الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم بشيء لانه
وجب لليتيم على الوصي مثل ما وجب للوصي على اليتيم اعني ان الوصي وجب عليه باستعمال مال
اليتيم في حاجة نفسه لليتيم لا وجب على اليتيم للوصي بقضا الوصي دين اليتيم فصار اخر الدينين
قصاصا عن الاول وان كانت قيمة الرهن اقل من الدين ادى الوصي قدر القيمة الى المرتهن
وادى الباقي اي تمام الدين من مال اليتيم لان المضمون على الوصي بغصب الرهن قدر القيمة
لا غير وان كانت قيمة الرهن اكثر من الدين ادى قدر الدين من القيمة الى المرتهن
والباقي بعد قدر الدين لليتيم لانه بدل ملكه وان كان لم يحل الدين حين هلك الرهن
بعد الغصب تكون القيمة رهنا عند المرتهن الى ان يحل الاجل لانها بدل الرهن فتكون مقامه
ثم اذا حل الاجل بعد ذلك فالجواب ما عرفته فيما اذا كانت القيمة مثل الدين او اقل منه
او اكثر منه **قوله** وان كانت قيمة الرهن اكثر من الدين ادى قدر الدين الى المرتهن وقد
وقع في بعض النسخ ادى قدر القيمة وذلك ليس بشيء لان حق المرتهن ليس الا في قدر الدين
فكيف يؤدي اليه قدر القيمة وهي اكثر من الدين **قوله** فلو انه غصبه واستعمله لحاجة الصغير
حتى هلك في يده ضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير يعني ان الوصي يضمن قدر الدين
وهو حق المرتهن لانه غصب حقه واستعمله ولا يضمنه للزيادة على قدر الدين وهي حق الصغير
لانه لم يوجد التعدي من الوصي في حق الصغير لانه استعمل مال الصغير في حاجة الصغير
غاية ما في الباب انه اخذ مال الصغير من يد المرتهن وله ولاية الاخذ بدليل ما قال في
كتاب الاقرار ان الاب او الوصي اذا اقر بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه
لما انه له ولاية الاخذ ثم اذا ضمنه لحق المرتهن ياخذه المرتهن ان كان مثل الدين وان كان
الدين ازيد الا نقول لليتيم ويرجع الوصي بما اخذه المرتهن على الصغير لانه قضى دين الصغير ولم يوجد

منه
التعدي في حق الصغير لان عمله وقع لاجل الصغير وهذا اذا كان حل الدين فان كان لم يحل بعد تكون
قيمة الرهن رهنا مقامه ثم اذا حل الدين ياخذ المرتهن دينه منها ثم يرجع الوصي بما اخذ المرتهن
على الصغير لانه قضى دينه **قوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه ليس بمتعد بل هو عامل له
قوله قال ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون اي قال القدوري في
مختصره وتمامه فيه فان رهنت بجنسها هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة وذلك
لان الرهن يعقد للاستيفاء ويمكن استيفاء الدين من هذه الاعيان فجاز رهنها ثم اذا
هلكت بعد الرهن بجنسها هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة لان الجودة لا قيمة لها
اذا لاقت جنسها فيما يجري فيه الربوا فلهذا تكون بمثلها مع اختلاف الصفة فكانه مثل الدين
وهذا قول ابي حنيفة وقال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل عليه عشرة
دراهم لرجل فرهنه بها ابريق فضة فيه عشرة دراهم فضاع قال هو بما فيه ومعنى قوله
فيه عشرة دراهم اي وزنه عشرة فان كان وزنه عشرة احتمل ان يكون قيمته كذلك او اكثر
او اقل فان كان مثله فلا اشكال لانه لا ربوا فيه ولا ضرر فصار كانه قبض قيمته عشرة وان كان
اكثر فكذلك عندهم جميعا اما عند ابي حنيفة فانه يعتبر الوزن وهو مثل الدين وقضا الدين
بما هو اجود منه حسن وكذلك عندهما لان في قيمته وفا وزيادة فيعصمه يهلك بالدين وبعضه
امانة فلا بد من صحة الاستيفا وان كانت قيمته اقل فكذلك عند ابي حنيفة يصير مستوفيا
لان استيفاء الجيد بالردي صحيح ايضا فاما عندهما فانه يضمن قيمته ويكون رهنا مكانه
ويرجع بالدين وهذه المسألة مذكورة في الزيادات والمبسوط على الاستقصا ولعنيك
عن جميعها انشا الله تعالى ما ذكره العبد وفي شرحه لمختصر الكرخي في باب رهن الفضة
بالفضة فقال هذا الباب يختص برهن كل شيء يقع فيه الربوا بجنسه وهو مبني على اصول
منها انه اذا رهن فضة بفضة او ذهبا بذهب او حنطة بحنطة او شعيرا بشعير فهلك
الرهن وقيمته مثل الدين وقدره قدره هلك بالدين في قولهم لان هلاك الرهن يقع به
الاستيفا واستيفا الرهن بهذا الدين جائز فان كانت قيمته اكثر من قيمة الدين
وقدره مثل وزن الدين يهلك بالدين في قولهم لان من اصل ابي ح اذا لاقت الجودة جنسها
فيما يجري فيه الربوا لا قيمة لها فكانه مثل الدين وعلى قول ابي يوسف ان الجودة كزيادة
وزن فلو كان الوزن زائدا هلك بعضه بالدين وبعضه بالامانة واما اذا كانت قيمته
اقل من قيمة الدين فهلك ذهب بالدين عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يغرم المرتهن

مثله ان كان له مثل وقيمته ان لم يكن له مثل من غير جنسه ويرجع بالدين قال وهذه المسلة مبنية
على اختلافهم فيمن له على رجل عشرة دراهم جياد فاستوفى منه زيوفا وهو لا يعلم بها فانفقها قال
ابو حنيفة لا يرجع بشي وقالا يرد مثل الزيوف ويأخذ الجياد لابي حنيفة ان الفسخ لا يجوز
ان يقع فيما لم يقع عليه القبض كما لا يقع الفسخ فيما لم يقع عليه العقد ولا يجوز ان يرجع بالنقصان
لما فيه من الربوا فلم يبق الا ان يسقط حقه وجه قولهما ان حقه في الوزن والجودة وقد استوفى
احدهما فبقي الآخر ولا يمكن استيفاؤه الا باعادة مثل المقبوض والرجوع بحقه واذا ثبت هذا
في مسلة الدين قال ابو حنيفة هلاك الرهن استيفا من طريق الحكم فهو كالاستيفا من
طريق المباشرة فلا يرجع بشي وقالا يضمن ما استوفاه ويرجع بحقه فان قيل لا يشبه مسلة الرهن
ما ذكرتموه من قبض الدين لان تلك المسلة موضوعة على انه قبض الزيوف وهو لا يعلم بها
ولو قبضها وهو عالم بها لم يكن له الرجوع وفي مسلتنا قبض الرهن ادون من جودته وهو عالم
به والجواب انه لم يقبض الرهن ليهلك حتى يصير راضيا بالاستيفا وانما قبضه للحبس
فلذلك لم يلزم هذا السوال واما اذا دخل في الرهن نقص بغير فعل المرتهن فقد ذكر في الاصل عن
ابي حنيفة انه يضمن قيمته فيكون رهنا وان كان وزنه اكثر من الدين ضمن بقدر الدين وروى
ابن سماعة عن ابي يوسف عن ابي حنيفة في الاملا وفي نوادره عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه يضمن
على المرتهن وقال للراهن اد الدين كله وخذ الرهن وهي رواية بشر في الاملا وفي نوادره
عن ابي يوسف عن ابي حنيفة وكذلك روى علي بن الجعد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة والحسن
ابن زياد عن ابي حنيفة وقال محمد في الزيادات هو قياس قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
اذا كانت قيمته مثل الدين ضمنه المرتهن وان كانت قيمته اكثر من الدين ووزنه كوزن
الدين فقد اختلفت الرواية عن ابي يوسف فروى محمد عن ابي يوسف انه يضمن منه مقدار
المضمون من القيمة وروى بشر عنه انه يضمن قيمته وجه رواية الاصل ان الرهن مضمون
بالقبض كالغصب ومعلوم ان الغصب يستوي فيه ان يكون النقص بفعل الغاصب او
بغير فعله فكذلك الرهن وجه الرواية الاخرى ان الرهن مضمون بغيره كالمبيع ومعلوم
ان النقص اذا حصل بغير فعل البايع لم يضمن فكذلك هذا واما وجه رواية محمد عن ابي
يوسف ان الرهن اذا كان وزنه مثل الدين وقيمته اكثر ضمن مقدار الدين من قيمته فلان
زيادة الجودة عنده كزيادة الوزن واما وجه رواية بشر عنه ان الجودة تبع للعين
واذا كان وزن العين مثل الدين ضمن جميعها فكذلك لو كانت مثل الدين في الجودة وقد قال
ابو حنيفة ان الرهن اذا كان مثل وزن الدين وهو اجود من الدين فان جميعه مضمون
ولا اعتبار بالجودة لانها اذا لاقت جنسها فيما فيه الربوا لا قيمة لها وقال ابو يوسف

زيادة الجودة كزيادة الوزن لان لها قيمة بدلالة ان من كسر اناء مصوغا ضمن الجودة كما يضمن
الوزن واما محمد فجعل الجودة تابعة للوزن وجعل المضمون من الوزن الا ان يكون الدين اكثر
من الوزن فيجعل المضمون منها لاجل الضرورة فلم يتعلق بالبيع حكم عند عدم الحاجة وتعلق به حكم
عند الحاجة اليه وقد قال محمد في الرهن اذا دخله عيب وجودته مثل الدين او اكثر ان للراهن ان
يتركه على المرتهن بدينه ومنع ابو حنيفة وابو يوسف ذلك لان قبض الرهن لا يتعلق به التمليك
كقبض المودع وليس كذلك قبض الغاصب لانه وقع موجبا للتمليك فكان له اختيار التمليك
عند النقص واما محمد فقال بانه ضمان يتعلق بالقبض كالغصب واذا ثبتت هذه الاصول
قلنا لا يخلو اما ان يكون وزن الرهن مثل الدين او اقل او اكثر فان كان مثل الدين فلا يخلو اما ان
يكون مثله في الجودة او ادون او اجود وان كان وزنه اكثر من الدين فلا يخلو اما ان كانت
قيمته اكثر من وزنه او مثل وزنه او اقل من وزنه ومثل الدين او اقل من وزنه واكثر
من الدين او مثل الدين او اكثر من الدين فهذه ثلاثة عشر فصلا كل واحد منها لا يخلو
الرهن فيه من هلاك او نقصان فذلك ستة وعشرون فصلا فالقسم الاول اذا كان
وزن الرهن مثل الدين وقيمته كذلك وهو ان يكون الدين عشرة ووزن الرهن عشرة
وقيمته عشرة فلا يخلو اما ان يهلك او ينكسر فان هلك هلك بالدين في قولهم جميعا لانه مثل وزنه
وجودته فوقع به الاستيفا وان انكسر ضمن قيمته بالانكسار في احدى الروايتين عن ابي حنيفة وهو
قول ابي يوسف وقال محمد للراهن ان يملكه بدينه على الاصل الذي قدمنا وان كان وزنه
مثل الدين وقيمته اقل وهو ان يكون ثمانية فان هلك هلك بالدين عند ابي حنيفة لان الجودة
لا قيمة لها عنده وعند محمد ان الجودة لا اعتبار بها هاهنا لانها فاضلة عن الدين فهي
امانة فاما على قول ابي يوسف فالجودة مضمونة كالوزن فقد قيل على قوله يهلك خمسة اسداسه
بالدين وسدسه بالامانة وكان الوزن اثنا عشر وفي هذا شبهة لانه يصير مستوفيا ثمانية
والدين بعشرة وهذا ربوا ويجاب عنه بان الاستيفا من طريق الحكم كذلك فيه ما لا يجوز
في الاستيفا بالمباشرة بدلالة ان المسلم فيه لا يجوز ان يستوفي به غيره ولو هلك الرهن
به صار مستوفيا وقد قيل على قوله يضمن المرتهن خمسة اسداس القلب من الذهب
ويرجع بدينه حتى لا يودي ذلك الى الربوا فاما اذا انكسر فله ثلاثة احوال اما ان يذهب
بالانكسار بعض الجودة فيبقى قيمته احد عشر او كل الجودة فيبقى قيمته ثمانية وفي جميع الاحوال
عند ابي حنيفة يضمن جميعه لان المضمون عنده الوزن والجودة لا اعتبار لها وعند

وعند ابي يوسف في احدى الروايتين يضمن خمسة اسداسه لانه يجعل زيادة الجودة كزيادة الوزن
وفي الرواية الاخرى يضمن جميعه لان الوزن مثل الدين والجودة تبع واما على قول محمد فانه يقوم
من الفضة [illegible] فلا ضمان على المرتهن ويقبل الراهن بجميع دينه لان عنده الجودة الفاضل
عن مقدار الدين امانة وان نقصت الفضة عن الوزن كان للراهن ان يملكه المرتهن بدينه لانه يرجع
اليه اجود من حقه وله ان يفتكه بجميع الدين ويسقط حقه من الانكسار وقد قيل على قوله انه لا
يضمنه لان في التمليك اسقاط حقه من الجودة خصوصا كقول ابي حنيفة واما القسم الثاني وهو
ان يكون الدين عشرة والوزن ثمانية وهو على ثلاثة فصول ان كانت قيمته اقل من وزنه مثل
ان يكون ستة فان هلك هلك بثمانية عند ابي حنيفة وعلى قولهما يغرم قيمته من الذهب ويرجع
بدينه وهذا على ما قدمنا وان انكسر ضمن قيمته في احدى الروايتين عن ابي حنيفة وهو قول
ابي يوسف واما محمد فلا يمكنه ان يجبره في التمليك لانه لا يجوز ان يملك المرتهن بدينه ادون
منه الا برضاه فلا بد من التضمين على قوله واما ان كانت قيمته مثل وزنه فهلك هلك
بمثل وزنه في قولهم وان انكسر ضمن عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد له ان يملكه بثمانية من
الدين لانه مثلها في الوزن والجودة وان كانت قيمته اكثر من وزنه واقل من الدين مثل
ان يكون تسعة هلك بثمانية عند ابي حنيفة لان الجودة لا تعتبر وعلى قولهما يهلك بقيمته
لحق الراهن حتى لا يستوفي منه اجود من حقه وان انكسر ضمن قيمته في قولهم لان جميعه مضمون
الا ان يرضى الراهن ان يملكه بقيمته في دينه فيجوز ذلك عند محمد وان كانت قيمته مثل الدين
وهو ان يكون عشرة فالكلام في الهلاك والانكسار كالكلام فيه اذا كانت قيمته تسعة
وان كانت قيمته اكثر من الدين وهو ان يكون اثني عشر فان هلك هلك بثمانية عند ابي حنيفة
لان المعتبر عنده بالوزن واما ابو يوسف فمن اصله ان المضمون خمسة اسداسه فيقول هلك
خمسة اسداسه بالدين وان كان اقل من الدين وزنا على ما بيناه في الاستيفاء من طريق الحكم
وقد قيل عنه انه يضمن قيمة خمسة اسداسه من الذهب ويرجع بدينه على الراهن حتى لا يؤدي
الى الربوا واما ان انكسر فجميعه مضمون عند ابي حنيفة لان المعتبر عنده الوزن وقال
ابو يوسف يضمن خمسة اسداسه لان الجودة عنده كالوزن وعلى رواية بشر يضمن جميعه
لان الجودة تبع للوزن واما محمد فقال ان نقص بالانكسار درهم او درهمان لم يضمن
لان ما زاد على الدين امانة عنده وان نقص اكثر من ذلك ضمن الا ان يختار بدينه واسقاط
الجودة واما القسم الثالث اذا كان وزنه اكثر من الدين وهو ان يكون اثني عشر فان

كانت

فان كانت قيمته مثل وزنه فهلك ذهب خمسة اسداسه بالدين وسدسه امانة في قولهم فان انكسر ضمن
خمسة اسداسه في قول ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد له ان يملكه خمسة اسداسه بالدين لانه مثل حقه
واما ان كانت قيمته اقل من وزنه واكثر من الدين مثل ان يكون وزنه اثني عشر وقيمته احد عشر
فان هلك هلك بالدين خمسة اسداسه عند ابي حنيفة ولا رواية عنهما في هذا الفصل وقد قيل
ينبغي ان يضمن خمسة اسداسه ويرجع بدينه وقيل على قياس قولهما يهلك بالدين قال القدوري
وهو غلط لانا ان جعلنا جميعه هالكا بالدين ادى الى ان يستوفي اكثر من حقه وان جعلنا بعضه
هالكا بالدين وهو مثل وزنه ادى الى استيفاء اقل من حقه واما ان انكسر خمسة اسداس القلب
مضمون عند ابي حنيفة لانه لا يعتد بالجودة وكذا يجب ان يكون على قول ابي يوسف لانه لا جودة في
الرهن فيعتبر الوزن وعلى قول محمد لا يجوز التمليك لان الوزن ادون من الدين وقد قيل على
قياس قولهما يغرم عشرة اجزاء من احد عشر جزءا من الرهن لانه لا يعتد بالجودة مقدار المضمون
وهذا يؤدي الى اسقاط الوزن واعتبار الامانة في القيمة واما ان كانت قيمته مثل الدين عشرة
فهلك هلك خمسة اسداسه بالدين عند ابي حنيفة لان المعتبر عنده الوزن وقال يغرم خمسة اسداسه
ويرجع بحقه وان انكسر ضمن خمسة اسداسه عند ابي حنيفة وعندهما يغرم جميع قيمته والتمليك
لا يمكن عند محمد وقد قيل على قولهما يغرم خمسة اسداسه واما ان كانت قيمته اقل من الدين
مثل ان يكون ثمانية فان هلك ذهب خمسة اسداسه بالدين عند ابي حنيفة وان انكسر ضمن خمسة اسداسه
وعندهما يضمن قيمته في الحالين وقيل يغرم خمسة اسداسه واما ان كانت قيمته خمسة عشر
فهلك فخمسة اسداسه بالدين عند ابي حنيفة وعلى قولهما يحتمل ان يقال يضمن خمسة اسداسه
ايضا لان محمدا يجعل فضل القيمة اذا لم تدع الضرورة اليها امانة وابو يوسف قد قيل على
قوله انه يعتبر الوزن والجودة تبع وقيل انه يضمن مقدار الدين من القيمة ويجيء على قول محمد
ان يملكه ان اختار لانه اجود من حقه وان انكسر ضمن عند ابي حنيفة خمسة اسداسه
وعند ابي يوسف يضمن مثله لانه يجعل الجودة كالوزن وعلى الرواية الاخرى يضمن خمسة
اسداسه وعند محمد ان نقص مقدار الجودة لم يعتد به وان نقص من الوزن فان شاء
ملكه خمسة اسداسه بالدين وان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء غرمه قيمة خمسة اسداسه حتى لا
يسقط حقه من الجودة وقال القدوري وقد اتت هذه الفصول على ما ذكره الشيخ ابو الحسن الكرخي في الباب
ويتم الكلام في فصل واحد وهو ان كل موضع ضمن المرتهن بعض الرهن بالانكسار ملك ما ضمن بالضمان وصار
شريكا في بقية الرهن فعلى الرواية التي قال ان الاشاعة في حال البقاء تبطل الرهن بطل العقد

مخطوطات

فيعين منه ما هلكه المرتهن فيكون ما قبضه مع القيمة التي غرمها المرتهن رهنا حتى لا يؤدي الى الاشاعة
وعلى الرواية التي قال ان الاشاعة في حال البقا لا تؤثر لا يحتاج الى القطع ويكون المرتهن شريك
الراهن في القلب قوله وهي مثل الدين في الاول اي القيمة مثل الدين في الوجه الاول وهو ما
اذا كانت قيمة الرهن مثل وزن الرهن وزيادة عليه في الثاني اي القيمة زائدة على الدين في الوجه
الثاني وهو ما اذا كانت قيمة الرهن اكثر من وزنه قوله فهو على الخلاف المذكور يعني عند ابي حنيفة
يكون مستوفيا بالوزن وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه ويرجع
بالدين قوله ويجعل مكانه ثم يتملكه اي يجعل قيمة الابريق مكان الابريق ثم يتملك الراهن تلك القيمة
ويرجع المرتهن عليه بدينه او يتملك المرتهن الابريق الذي ضاع فضمنه لانه ادى بدله
وهذا اوجه عندي فافهم قوله واستيفا الجيد بالردي جائز كما اذا تجوز به هكذا وقع في
النسخ وصوابه ان يقال واستيفا الردي بالجيد جائز بدلالة السياق والسياق اما الاول
فان المسئلة في استيفا الابريق الردي فقيمته اقل من عشرة لرداته بالعشرة الجيدة واما الثاني
فان قوله تجوز به دليل على ذلك لان التجوز يستعمل في المسامحة في الاستيفا وانما يسامح في
استيفا الردي بالجيد ولا حاجة الى المسامحة في عكسه قوله وقد حصل الاستيفا بالاجماع
ولهذا احتاج الى نقضه بيانه ان قبض الرهن قبض بجهة الاستيفا على وجه يصير
حقيقة الاستيفا عند الهلاك وقد حصل الاستيفا بالهلاك بالاجماع بدليل انه لا
يرتفع الا بنقض الاستيفا برد الرهن الى الراهن ولم يوجد النقض بالرد ثم نقضه بالضمان
متعذر لان الضمان لا بد له من مطالِب ومطالَب ولا يمكن تحقيق هذا المعنى في الشخص
الواحد للتنافي في بيانه ان ضمان قيمة الابريق لو وجب على المرتهن كان هو مطالبا بالضمان
بفتح اللام فاذا كان هو نفسه مطالبا بالكسر يلزم التنافي ولا يجوز ان يكون من يطالبه الراهن
لان الضمان لمراعاة حق المرتهن لا لحق الراهن فكيف يطالبه الراهن لحق المرتهن ولان
الانسان انما يضمن لاجل غيره لا لاجل نفسه وضمان المرتهن هنا لاجل نفسه ولا نظير له في الشرع
فلم يستقم القول به ومتى تعذر التضمين عليه تعذر النقض فتقرر الاستيفا ولانه انما
يصير استيفاء اذا لم يرض به وقد رضي به لانه لما باشر عقد الرهن مع علمه انه عقد قد
يفضي الى حقيقة الاستيفا بالهلاك فقد رضي به لو قومه استيفا فلا يكون لعصمه ... كما
لو استوفى حقه في الجياد بالزيوف وهو لا يعلم به قوله وقيل هذه تفريعه ما اذا استوفى الزيوف
الى اخره اي هذه المسئلة بنا على مسئلة قبض الدين بالزيوف مكان الجيد وقد مر ذلك

ثم سعيه ادراق قال صاحب الهداية البنا لا يصح يعني لو كانت هذه بنا على تلك لكان على قول محمد هنا مثل
ما كان ثمة وليس كذلك لان محمدا ثمة مع ابي حنيفة وهنا مع ابي يوسف بل هذه المسئلة ابتدا والفرق
لمحمد بين المسئلتين ان مسئلة الدين قبض الزيف لاستيفاء حقه من عينه والزيف ليس هو نوعا من
الاستيفا لكان الزيف من جنس الحق وقد تم الاستيفا بالهلاك وفي مسئلة الرهن ما قبض الرهن
ليستوفي حقه من عين الرهن بل قبضه ليبيعه حتى يستوفي حقه من ثمن الرهن فاذا ضاع الابريق
الردي وهو الرهن ينتقض القبض لانه يمكن نقضه بتضمين المرتهن القيمة هذا معنى كلام المصنف
في بيان قول محمد ولكن لا نجد امكان النقض ثم قال فخر الاسلام في شرح الزيادات في هذا المقام
من اصحابنا من قال هذا فرع مسئلة الجامع الصغير اذا استوفى الزيوف مكان الجياد بدينه وذكر
الخلاف المشهور ثم قال قول محمد هنا لك مع ابي حنيفة وههنا مع ابي يوسف فقيل له روى عيسى
ابن ابان عن محمد في ذلك مثل قول ابي يوسف يعني يصح البنا على رواية عيسى قوله يضمن له
بالتضمين اي عند محمد بتضمين المرتهن قوله لو انكسر الابريق الخ يعني هذا الذي ذكرنا
فيما اذا هلك الرهن اما اذا انكسر فلا يجبر الراهن على فكاك الرهن باداء الدين الى المرتهن فيما
اذا كانت قيمة الرهن مثل الوزن لانه ان ذهب بالنقصان شيء من الدين صار كانه لو
ذهب فات حق الراهن في الجودة فوجب التخيير كما لو انكسر عند الغاصب فان شاء افتكه
ناقصا بجميع الدين ولا شيء له فان ابى فللراهن تضمينه قيمته من خلاف جنسه فيكون رهنا مكانه وان
شاء من جنسه عند ابي حنيفة وابي يوسف وعلى كلا المرتهن وعند محمد له ان يجعله بالدين فيصير ملكا
للمرتهن ويذهب بالدين كذا ذكر فخر الاسلام البزدوي في شرح الزيادات وقال شيخ الاسلام
علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو انكسر لا يجبر على الفكاك لانه لا يخلو اما ان يذهب شيء من
الدين لنقصانه او لا يذهب لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين لنقصانه لانه قاضيا
دينه بالجودة على الانفراد والجودة لا قيمة لها عند الانفراد ولو الزمناه الفكاك من غير ان
يذهب شيء من الدين مع النقصان حقيقة ادى الى الضرر فخيرناه ان شاء افتكه ناقصا
وان شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه ويكون القيمة رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين
وجه قول محمد ان حالة الانكسار تعتبر بحالة الهلاك فيه ثمة مضمونة بالدين لا بالقيمة بالاجماع
فكذا هنا وهذا لانا متى تعذر الفكاك جعلنا نصيبه في معنى الهالك فيعتبر بالهالك الحقيقي ولانه بنفس
القبض صار مضمونا بالدين بالاجماع على وجه يتقرر هذا الضمان بالهلاك فلا يجوز ان يكون

مضمونا بالقيمة لان العين الواحد لا يجوز ان يكون مضمونا بجهتين مختلفتين وجه قولهما ان هذا
يصلح ان يكون مضمونا بالقيمة ولهذا يكون مضمونا بالقيمة بالاجماع في موضع يكون قيمته اقل من وزنه
ولان فيه نوع ضرر ورثته مضمونا بالدين ان يجعل مضمونا بالقيمة بعد الدين لانه يتحقق استيفا وسقوط
الدين مع الاستيفا الحقيقي هذا ان يجعل مضمونا بالقيمة عليه ثم تقع المقاصة بين ماله وما عليه
ومتى كان الطريق هذا اي الاستيفا من كل وجه فكذا في الاستيفا من وجه فثبت ان هذا العين
يصلح سبب الضمان القيمة ويصلح سبب الضمان بالدين ولكن جعله مضمونا بالقيمة في حال قيامه اولى
لانا لو جعلناه مضمونا بالدين في حال قيامه ادى الى غلوق الرهن وهو ان يبقى في يد المرتهن
ولم يقدر على تخليصه وهو حكم جاهلي مردود في الشرع بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن
ولو جعلناه مضمونا بالقيمة لا يؤدي الى غلوق الرهن لانتقال حكم الرهن الى مثله ولانه
لو جعل بالدين في حالة القيام ينبغي ان يجعل على الوجه الذي يجعل في حالة الهلاك وقد جعل في تلك
الحالة بالدين من حيث المالية مع بقاء العين على ملك الراهن ولهذا كان الكفن على الراهن
لو كان عبدا ولو جعل هكذا في حالة القيام لا يفيد لانتقاض الاستيفا بعد عود العين الى المالك
اذ المالية لا تنفصل عن العين في حالة القيام وقال في الشامل واذا انكسر يعني ابي حنيفة
روايتان ذكر في الاصل يضمن قيمته مصوغا من خلاف جنسه فيكون رهنا ويملك الملك
وعنه انه لا يضمن بالانكسار شيئا وانما يضمن اذا كسره وهي رواية الاملاء لان قبض يتعلق
به الضمان محل محل الغصب والغاصب يضمن قيمته المكسور اذا انكسر بغير فعله وجه الرواية
الاخرى ان الرهن غير مضمون بنفسه بل بغيره فحل محل المبيع في يد البايع قوله لا يجبر على
الفكاك اي لا يجبر الراهن على فك الرهن يعني لا يجبره المرتهن على ذلك قوله لا ضرر على
المرتهن اي في الافتكاك مع النقصان ضرر بالراهن لانه يفوت حقه في الجودة مجانا
اي الراهن ولا خلاف في خيار الراهن وانما الخلاف في كيفية الخيار فعندهما ان شا
افتكه ناقصا بجميع الدين وان شا ضمن الراهن المرتهن قيمة الابريق المكسور فيكون
رهنا مكانه وعند محمد ان شا افتكه ناقصا بجميع الدين وان شا جعله بالدين اي ملك
الراهن المرتهن الابريق بدينه قوله افتكه بما فيه اي افتك الراهن الابريق المكسور
ناقصا كما هو بالدين الذي هو مرهون فيه يعني بجميع الدين ومعناه ان الراهن يفك رهنه
اي يخلصه باداء جميع الدين الى المرتهن قوله وفي الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته
اقل من وزنه ضمنه انما قدم الوجه الثالث على الوجه الثاني لان للوجه الثالث مناسبة

بالوجه الاول من حيث انهما قالا هو يصلح ان يكون مضمونا بالقيمة فيما اذا كان وزنه وقيمته سواء
كما اذا كانت قيمته اقل من وزنه قال الحاكم الشهيد ولو انكسر يضمن قيمته من خلاف جنسه ادمى
جنسه او ما شاء ويكون رهنا عنده يعني في صورة الانكسار وبعد الهلاك فاما عندهما
فلا يشكل كما اذا كانت قيمته مثل وزنه وكذا كل عندهما لانه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك
وبعد الهلاك يكون عنده مضمونا بالقيمة لا بالدين فكذا في الانكسار ولا يمكنه جعله بالدين
بان يملكه بدينه لانه ادون من حق المرتهن الا ان يرضى المرتهن بذلك فيكون راضيا باقل
من حقه قوله وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كانت قيمته اكثر من وزنه يعني في صورة الانكسار
فعند ابي حنيفة يضمن جميع قيمته بالغة ما بلغت بخلاف جنسه ويكون رهنا عنده وعند ابي
يوسف يضمن خمسة اسداس قيمته بخلاف جنسه ان شاء الراهن فيكون خمسة اسداس المكسور
ملكا للمرتهن بالضمان وما ضمنه مع سدس المكسور رهن بجميع الدين وسدس المكسور يفرز
حتى لا يبقى الرهن شائعا وان شاء الراهن افتك المكسور بجميع الدين وقال محمد ان
كان النقصان دون ثلث او اقل اجبر الراهن على الفكاك وان زاد عليه خير الراهن
ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء جعله بالدين كان وزنه وقيمته سواء كذا في الزيادات
والحاصل ان عند ابي حنيفة لا عبرة للجودة والرداءة في هذا الباب بل العبرة للوزن فان كان
باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل كله مضمونا اعني فيما اذا كان وزن الرهن مثل الدين وان كان
بعضه مضمونا يجعل بعضه مضمونا لا الزائد كما اذا كان وزن الرهن اكثر من وزن الدين
فتقسم الجودة على المضمون والامانة فما كان بمقابلة المضمون يكون مضمونا وما كان
بمقابلة الامانة يكون امانة وفي مسئلتنا كل الرهن مضمون لان وزن الرهن مثل وزن الدين
فمتى صار الذات مضمونا استحال ان يكون الوصف امانة لان الجودة تابعة لكونها وصفا
والتابع لا يخالف الاصل وعند ابي يوسف تعتبر الجودة ويجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كانت
وزنه اثنى عشر لان الجودة عبارة عن كمال المالية ومتى كان اصل ماليته معتبرا كان كمالها
معتبرا ايضا الا انا اعتبرناها بالتضمين عند المقابلة بخلاف جنسها واعتبرناها في عقود المريض
مرض الموت حتى جعلناها بمنزلة الوصية عند خلوها من المقابلة ولكن لم نعتبرها عند المقابلة
بجنسها لا لانها ليست بمتقومة ولكنها لكن لان الشرع جعل المساواة في الذوات شرطا
لجواز العقد فيها ولم يكتف بمقابلة الوصف بالذات سمعا او لانها لا تقبل مقابلة بالذات
لتفاوت بين الوصف والذات فاما ان تكون الجودة في نفسها هدرا فلا وعند محمد يعتبر

للجوده بقدر الامانة وتصرف الامانة اليها والضمان الى الوزن الا اذا بقي شيء من الضمان وال
الوزن ثم تصرف فضل الضمان اليه لان الجوده متقومه كما قال ابو يوسف ولكنها تبيعة
التقوم والمالية كالذات لان الوصف قائم بغيره والذات قائم بنفسه ولانها وصف
الذات وللاوصاف توابع والذوات اصول والحكم الاصلي في الرهن المضمون انه عقد
ضمان وعقد استيفا ومعنى الامانة فيه تابع فمهما امكن صرف الحكم الاصلي الى ما هو
الاصلي في الباب كان اولى من صرفه الى التابع ولا يستقيم الصرف اليهما لانه يلزم معارضة
معا لاصلة الاصل والتابع وهو باطل يوجب صرف الضمان الى الذات وصرف الامانة الى الجودة
ما امكن الا ان يفضل شيء من الضمان ثم يجب صرفه الى الجودة لانه لا تعارض كذا في شرح الكافي
وقال في المختلف وههنا اختلاف آخر اختلاف احدهما ان عند محمد رحمه الله اي حنيفة وابي يوسف الهلاك
بالدين والانكسار بالقيمة لا بالدين وعند محمد اذا كان الهلاك بالدين فالانكسار بالدين
وان كان الهلاك بالقيمة فالانكسار بالقيمة والاختلاف الآخر ان عند ابي حنيفة ان كان الوزن
مضمونا فالصياغة كذلك تبعا له حتى لو كان الوزن مثل الدين وقيمة الصياغة اكثر
ضمن جميع قيمته وعند ابي يوسف الصياغة كعين مال قائم والضمان منهما جميعا وعند محمد
يصرف الضمان الى الوزن والامانة الى الصياغة ثم لما ان الامانة تابعة في الرهن والصياغة
تابعة للوزن فيصرف التابع الى التابع والاصل الى الاصل ولابي يوسف ان الصياغة متقومة
ولهذا قلنا ان المريض مرض الموت اذا باع ابريق فضة وزنه مائة وقيمته لصياغته
مائتان بمائة اعتبر من الثلث كما لو تبرع من العين ولابي حنيفة ان الصياغة لا قيمة لها على
الانفراد الا ترى ان من كسر ابريق فضة لرجل لم يكن للمالك الا امساك العين ونقصانه
قيمة الصياغة واذا لم يكن قيمة عند الانفراد وجب اتباعها الوزن لانه الاصل والمعتبر
ثم طريق معرفة خمسة اسداس الوزن ان تنقص من الوزن الذي هو عشرة سدسه
وهو درهم وثلثا درهم يبقى خمسة اسداسه وهي ثمانية دراهم وثلث درهم وذلك
لان العشرة ستة اسداس فيكون خمسة اسداس الابريق عشرة **قوله** وفي بيان قول
محمد نوع طول يعرف في مواضعه من المبسوط والزيادات مع جميع شعبها وشعبها
ستة وعشرون فصلا ذكرها القدوري وقد مر بيان ذكر مثل هذا وانما لم يذكر
صاحب الهداية ما في حق قول محمد مما ذكر ان فيه طولا يعرف في المبسوط والزيادات
هضما لنفسه واعترافه ان كتابه لم يحو جميع البيان وفوق بيانه بيان يعرف ذكره في كتب

المتقدمين

المتقدمين واشارة الى انهم هم الذين حازوا الاصول والفروع وهو متبع آثارهم في
التصنيف حتى يرغب الخلف في كتب السلف ولا تهجر باكتفائهم بالمحدثات والمختصرات فما
احسن ما قيل الفضل للمتقدم **قوله** قال ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه
جاز اي قال القدوري في مختصره ولفظه فيه ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري بالثمن
شيئا بعينه فامتنع من تسليم الرهن لم يجبر عليه وكان البايع بالخيار ان شاء رضي بترك الرهن
وان شاء فسخ البيع الا ان يدفع المشتري الثمن حالا او يدفع قيمة الرهن رهنا الى هنا
لفظ المختصر والاصل في هذا انه اذا شرط الرهن في عقد البيع فالقياس ان يبطل العقد
لانه شرط فيه شرطا لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للبايع فصار كانه قال على ان تقرضني
عشرة دراهم وانما استحسنوا في جوازه ولان الثمن الذي به رهن وكفيل وثيق من الذي
لا رهن فيه ولا ضمين فصار الرهن صفة للثمن فشرطها لا يفسد العقد كالجوده وانما
شرط في المسألة ان يكون معينا لانه اذا لم يكن معينا صار كانه ذكر ثمنا موصوفا بصفة
مجهولة وذلك يفسد العقد وانما لم يجبر على تسليم الرهن على خلاف ما قاله زفر لان الرهن
لا يتعلق الاستحقاق بعقده الا ترى ان صحته تتوقف على القبض فلا جبر عليه كالرهن المنفرد
وجه قول زفر ان هذا الرهن صار من حقوق البيع فاذا امتنع منه المشتري اجبر عليه
كسائر حقوق البيع وهذا لا يصح لان الرهن عقد منفرد والعقود لا يكون بعضها من حقوق
بعض واذا ثبت انه لا يجبر على تسليم الرهن ثبت للبايع الخيار لانه وصف مرغوب
فاذا لم يسلم ثبت له الخيار لفقده فان دفع المشتري الثمن حالا سقط الخيار لان المقصود
من الرهن الاستيفا وقد استوفى حقه عاجلا فهو اولى من الرهن وان دفع اليه قيمة
الرهن جاز لانها قائمة مقام العين فكانه سلم العين التي شرط رهنها فلا يكون للبايع
خيار في فسخ البيع وقال القدوري في شرحه في باب الشروط التي تفسد البيع قال اصحابنا
يقال للمشتري اما ان تدفع الرهن او قيمته او تدفع الثمن او تفسخ البيع فان امتنع من
احد هذه الوجوه وهو لم يرض بالثمن المطلق كان له ان يفسخ **قوله** وفيه منفعة لاحدهما
اي وفي الشرط المذكور وهو شرط رهن شيء بعينه منفعة لاحد المتعاقدين ولا يقتضيه
العقد **قوله** انه شرط ملائم للعقد وذلك لانه يؤكد موجب العقد لان المقصود بالرهن
والكفالة التوثق بالثمن فصار كاشتراط الجوده واذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن

معنا اعتبرنا فيه المعنى الى اخره يعني ان الكفالة والرهن باعتبار نفسه لا يلايم العقد
ولكن يلايمه باعتبار حكمه لانه عقد وثيقة ومعنى التوثق يلايم الوجوب فاما اذا كان الرهن معينا
والكفيل حاضرا اعتبر المعنى فصح العقد واذا كان الكفيل والرهن مجهولا او كان الكفيل غايبا
عن المجلس حتى افترقا اعتبر عينه وهي مفسدة للعقد قوله قال ومن اشترى شيا بدراهم
فقال للبايع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن فالثوب رهن اي قال في الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنهم في رجل اشترى من رجل شيا بدراهم
فقال المشتري امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن قال هذا رهن الي هنا لفظ اصل
الجامع الصغير ولم يذكر ههنا اختلافا كما ترى وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير
وقال ابو يوسف في الامالي ان اعطاه ثوبا وقال امسك هذا حتى اعطيك مالك فان ابا
حنيفة قال هو رهن وقال ابو يوسف لا يكون رهنا وهو وديعة وان قال امسك هذا
الثوب بمالك حتى ادفع اليك فهذا رهن في قول ابي حنيفة وابي يوسف جميعا الى هنا
لفظ الفقيه وجه قول ابي يوسف ان الامر بالامساك للعين يحتمل الرهن ويحتمل الحفظ بسبيل
الوديعة فلا يثبت الرهن بالشك ويحمل على الوديعة لانها الاقل لكونها غير مضمونة ما لم
يقم الدليل على ارادة الاكثر وجه الظاهر ان هذا الكلام يودي معنى الرهن وحكمه
لان حكمه الامساك الدايم الى قضا الدين وقوله امسك حتى اعطيك مالك دال
على الرهن لانه قيد الامساك بالاعطا فصار التكلم بحكم الرهن كالتكلم بصيغته
كرجل قال ملكتك عبدي هذا بالف درهم فانه يكون بيعا لان العبرة في العقود للمعاني
ولهذا اكانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط عدم براءة الاصيل كفالة
وقول محمد مضطرب كذا في المختلف   لما ذكر حكم رهن الواحد شرع في بيان
الرهن اذا الراهن او المرتهن اذا كان اثنين لان الواحد قبل الاثنين ومن رهن عبدين
بالف فقضى حصة احدهما لم يكن له ان يقبضه حتى يودي باقي الدين وهذا لفظ القدوري
في مختصره قال صاحب الهداية وحصة كل واحد ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما قال
حصته من المال الثلث او الربع بالجالة اي اصابني فصار في حصتي وذلك لان الصفقة
متحدة ومن حكم اتحاد الصفقة ان يكون كل الرهن محبوسا بكل جزء من الدين الا ترى
ان في البيع اذا ادى بعض الثمن لم يكن له ان يقبض المبيع فكذلك ههنا لان فيه تعلق
الصفقة على المرتهن وهذا اذا لم يسم لكل واحد من اعيان الرهن شيا من المال الذي هو

فكذلك اذا سمى على رواية الاصل وعلى رواية الزيادات ان له ان يقبضه اذا ادى ما
سمى له وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي والصحيح ما ذكر في الاصل لان غرضه من
هذا التفصيل التي يلزم في حق الضمان ولكن على وجه ينفع الوثيقة بالجملة فلو جعلناه بسبيل
من استرداد البعض عند قضا بعض المال لبطل معنى الوثيقة وهو الحامل
الكل وتقدم البيان بتمامه مرة في اوايل كتاب الرهن عند قوله وان كان الرهن في يده
للبس عليه ان يمكنه من البيع حتى يقبضه الدين ونظيره قال الكرخي في مختصره واذا ار
تهن عبدين او ثوبين او كري طعام او كري شعير بالف درهم ولم يسم لكل واحد من ذلك
شيا من الدين فجعله رهنا به فسبيل ذلك ان يقسم الدين على قيمة تلك الاشيا فما اصاب
كل عبد او كل ثوب او كل كر فهو مضمون بالاقل من تلك الحصة التي خصته بالقسمة
ومن قيمته نفسه الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان الدين لما كان في مقابلة الرهن
والضمان منقسم وجب ان يقسم على المتفقين بالاجزا وعلى المختلفين بالقيمة كما ينقسم
الثمن على المبيع بالقيمة واما ان سمى لكل واحد منهما حصة من الدين لم تعتبر القيمة وكان
كل واحد منهما مضمونا بالاقل من قيمته ومما سمي له لانه جعل في حقه مقدار التسمية
فلا تعتبر بالقيمة كالمتبايعين اذا سمى لكل واحد منهما ثمنا كذا ذكر القدوري في شرحه وقال الحاكم
الشهيد في الكافي ولو رهنه شيا بالف درهم احدهما بعشرين والاخرى بعشرة ولم
يبين هذه من هذه لم يجز الرهن وذلك لانه لم يبين المال بعشرة من الاخرى فصار المرهون
في حق الضمان مجهولا وهي جهالة تفضي الى المنازعة عند هلاك احدهما فاوجب فساد
العقد وكذلك في حق الاسترداد ولو سمى كان جايزا واذا هلكت هلكت بامنها والاخرى
رهن بما سمى لها قوله وجه الاول اي وجه رواية الاصل قوله ان العقد متحد يعني انه عقد
واحد وليس بعقدين لاتحاد الايجاب والقبول والتفصيل في الدين لا يجعله في معنى عقدين كالبيع
المضاف الى محلين لا يكون صفقتين بمجرد تفصيل الثمن حتى لو اراد المشتري ان يقبل العقد في احد بهما
دون الاخر لم يصح وكذلك لا يكون سبيل من قبض احدهما دون الاخر فكذا في الرهن لان الدين
في الرهن كالثمن في البيع لتعلق الرهن به وقد مر ذلك فيما تقدم قوله وجه رواية الثاني
اي وجه رواية الزيادات قوله لو قبل الرهن في احدهما جاز يعني اذا قال رهنتك هذين
العبدين بالف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل المرتهن احدهما دون الاخر صح بما سمي له من الحصة

مكذا ذكر محمد الانتهي وقد مر

مكذا ذكر في الاصل لا يحتمل التفريق وفي البيع لو قبل احدهما لم يصح التفريق

هذا امر قبل **قوله** قال فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها

رهن عند كل واحد منهما اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره اذا

ارتهن رجلان من رجل رهنا بدين لهما عليه بما فيه شريكان او لكل واحد منهما عليه دين

لا شركة لصاحبه فيه فان الرهن جائز فان ادى الراهن الي احد المرتهنين عليه واراد ان

يقبض الرهن فليس له ذلك وللمرتهن الاخر ان يمسك جميع الرهن حتى يستوفي ما له على الراهن

الي هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان المقصود بالرهن الوثيقة ويمكن ان يجعل جميع الرهن وثيقة

لهذا وجميعه وثيقة لهذا فلا يودي ذلك الي الاشاعة فيصح الرهن وليس كهبة الواحد من

الاثنين عند ابي حنيفة لان المقصود بالهبة الملك ويستحيل ان يكون جميع العين ملكا لهذا ولهذا

ولا بد ان يكون لكل واحد منهما ما كالنصف فيحصل قبضه في مشاع فلا تصح الهبة واذا ثبت

انها رهن عند كل واحد منهما كان المضمون على كل واحد حصته دينه على اصلنا ان المضمون

الاقل من قيمة الرهن ومن الدين **قوله** فان تهايا فكل واحد في نوبته كالعدل في حق الاخر

قال في الايضاح فاذا تهايا فامسك هذا يوما والاخر يوما فان كل واحد منهما في اليوم

الذي يمسكه كالعدل في حق الاخر واذا هلك صار كل واحد منهما مستوفيا بقدر حصته من

الاستيفاء ما يقبل الوصف بالتجزي **قوله** قال والمضمون على كل واحد منهما حصته من الدين اي

قال القدوري في مختصره **قوله** قال فان اعطى احدهما دينه كان كله رهنا في يد الاخر

اي قال القدوري في مختصره وذلك لان جميع العين رهن عند كل واحد منهما فاذا استوفى

احدهما بقيت العين عند الاخر بحالها وعلى هذا حبس المبيع اذا اشترى الاثنان من الواحد

فادى احدهما حصته من الدين كان للبائع ان يحبس المبيع بنصيب الاخر فاذا اشترى

الواحد من الاثنين فادى الى احدهما لم يكن له ان يقبض نصيبه كذا ذكر القدوري في

شرحه وقال في الشامل ولو قضى دين احدهما ليس له اخذ شي منه لانه رهن عند

كل واحد بتمامه فان هلك عنده بعدما قضى دينه يسترده ما اعطاه كما لو كان واحدا

قوله وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فالرهن جائز والرهن رهن بكل الدين

وللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفي جميع الدين الي هنا لفظ الكرخي وذلك لان رهن الاثنين

من الواحد يحصل به القبض من غير اشاعة فصار كرهن الواحد من الواحد ولا اعتبار

باختلاف الدين والملك وانما المعتبر باتفاق صفقة الرهن الا ترى ان الواحد اذا رهن

من الواحد رهنا بدينين ثبتا في صفقتين جاز لاتفاق صفقة الرهن ولو رهن بدين

واحد عينا واحدة في صفقتين لم يصح لاختلاف صفقة الرهن فدل على ان اختلاف صفقة

الدين لا تؤثر فاما اذا ادى احدهما فليس له ان ياخذ نصيبه لان في ذلك تفريق الصفقة على

المرتهن في الامساك وهذا لا يجوز كما لو كان الراهن واحدا **قوله** فان اقام الرجلان

كل واحد منهما البينة على رجل انه رهن عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل وهذه من مسائل

الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل في يده عبد

اقام رجل البينة انه رهنه اياه وقبضه واقام رجل اخر البينة انه رهنه اياه وقبضه

قال هذا باطل كله الي هنا لفظ اصل الجامع الصغير وقال الفقيه ابو الليث قال في كتاب

الشهادات ان الرهن في القياس باطل وفي الاستحسان انه يجوز ان يكون الشي رهنا

عند رجلين فيكون لكل واحد منهما نصفه بنصف حقه وجه القياس ان لو قبلت البينتان

يقضي لكل واحد منهما بالنصف فيصير كانه ارتهن كله ثم استحق عليه النصف ولو ارتهن

عبدا ثم استحق نصفه بطل الباقي لمكان الشيوع فكذلك ههنا ولا يجعل كانه رهن منهما

لان كل واحد منهما اثبت ببينته رهن الكل فلو جعل كانه رهن منهما كان هذا قضاء بخلاف

الدعوى وهذا معنى قوله كل واحد منهما اثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الي مثله في الاستيفاء

وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الي شطره في الاستيفاء **قوله** وبهذا القضاء اي

بالقضاء بجعله مرهونا من اثنين يلزم حبس هو طريق الي شطره من الاستيفاء وذلك عمل

بخلاف الحجة وهو باطل والتنصيف عند المزاحمة واجب ان امكن وقد تعذر ههنا

لمكان الشيوع باثبات الصفقتين في الرهن بخلاف المسالة المتقدمة فان صفقة الرهن

ثمه متحدة فلم يثبت الشيوع فلما تعذر العمل بالبينتين تهاترتا كرجلين اقام كل واحد

منهما بينة على امراة بعينها بالنكاح انه باطل كله لتعذر العمل بالتنصيف وقال شيخ الاسلام

علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وهذا على وجوه اما ان يكون في يد الراهن او في ايديهما

وارخا او لم يورخا اما اذا كان في يد الراهن وارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضى لاسبقهما

تاريخا لانه اثبت العقد من قبل الراهن في وقت لا ينازعه صاحبه ولكن كان ارخ احدهما

ولم يورخ الاخر لانه ظهر العقد في حق احدهما من وقت التاريخ وفي حق الاخر للحال اما اذا لم يورخا

يقتص لواحد منهما في القياس وفي الاستحسان يقضى بينهما ههنا واحدا ذكر الاستحسان
في كتاب الشهادات وكذلك لو ارخا وتاريخهما سوا وجه الاستحسان ظاهر لانه متى لم يثبت
سبقهما صار كانهما وقعا في حالة فصار في الحكم كانه كما اذا ادعيا تلقي الملك من رجل واحد واقاما
البينة يجعل في الحكم كانه باع منهما جملة حتى يقضى بينهما نصفين وجه القياس اظهر لانه لا وجه
للقضاء بهما بين البينتين فلا يقضى لانه لا يخلو اما ان يقضى برهن الجميع لكل واحد منهما
جميعا ولا وجه اليه لانهما لم يدعيا هكذا لان كل واحد منهما ادعى رهنا على الانفراد ولا وجه
الى ان يقضى لكل واحد منهما برهن على حدة ثم يقضى بحكم المزاحمة كما في الشرا لانه انما يقضى
ذلك في عقد او حكم عقد قابل للتنصيف وحكم الشرا قابل للتنصيف في حق كل واحد منهما
في الدين لاستوايهما في الحجة والرهن غير قابل للتنصيف لتعذر التنصيف وبالقياس اخذ
لانه اصح ولو كان في ايديهما هكذا الجواب الا اذا ارخا وتاريخ احدهما اسبق ولو كان الرهن
احدهما دون الاخر هكذا الجواب لانه في حق الذي ارخ اجتمع تاريخ ويد واليد استوى معنى
فصار كانهما ارخا على السوا ولو كان في يد احدهما يقضى لصاحب اليد سوا ارخ الاخر او لم
يؤرخ لان اليد لا تنقض بالتاريخ لاحتمال سبقه على التاريخ الا اذا اقام الاخر البينة
ان عجزه قبل قبضه هذا اذا كان الراهن حيا ولو مات الراهن فبيانه في المسلة التي تلي
هذه **قوله** ولو مات الراهن والعبد في ايديهما فاقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا
كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا بحقه استحسانا اي قال محمد في الجامع الصغير صورة
فيه فان كان الرهن والعبد في ايديهما فاقام البينة على ما وصفت لك فالقياس في هذا
ان يكون باطلا ولكني استحسن ان يكون نصف العبد رهنا لهذا ونصفه رهنا لهذا المع
كل واحد منهما نصفه بحقه الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير ولم يذكر قول ابي يوسف
في الجامع الصغير وانما ذكره في كتاب الرهن وقال الرهن باطل عند ابي يوسف وقول محمد
مع ابي حنيفة كذا ذكره الفقيه ابو الليث وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي وذكر الكرخي قول محمد مع قول ابي يوسف في هذه المسلة وجه القياس ان
الحبس للاستيفاء حكم مقصود بعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن لا محالة والقضاء
بعقد الرهن على سبيل الشيوع بينهما باطل فكذلك القضاء بحكمه وجه الاستحسان وهو قول ابي
ومحمد ان العقد مطلوب بحكمه والحكم بعد الموت هو الاستيفاء بالبيع لا يبطل بالشياع والشركة

نعم

نعم القضاء بالعقد الذي هو سببه وهو الرهن واما حال الحيوة فالمقصود منه الحبس والحبس
في المشاع لا يجوز وهذا كما قالوا جميعا في كتاب النكاح ان رجلين لو اقام كل واحد منهما
على امراة انه تزوجها ولم تكن المراة في بيت واحد منهما لا تقبل بينتهما ولو اقاما البينة بعد موتها
قبلت بينتهما وكذلك ان ادعت اختان كل واحدة منهما نكاحا قبل رجل واحد واقاما
البينة ان كان في حال الحيوة لا يقضى لهما وبعد الممات تقبل البينة لان المقصود في حال الحيوة
الحل وهو لا يحتمل الشركة وبعد الموت المقصود الميراث وهو مال يحتمل الشركة والشياع
واورد الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير في هذا المقام سوالا وجوابا فقال فان
قيل انما يثبت حق البيع اذا ثبت الرهن ولا يثبت الرهن في المشاع فبطل الرهن لا قرار
له بعد الموت والمقصود فيه البيع فيعتبر حال البيع ولا يعتبر حال الحبس ثم قال الفقيه
اعلم ان كثيرا من مسايل هذا الكتاب فيها قياس واستحسان الا انه لم يذكر في الكتاب القياس
ولا الاستحسان كانه اجاب عن الاستحسان ولم يذكر ذكر القياس والاستحسان الا
في ثلاث مواضع في موضع منها ذكر القياس خاصة وفي موضع منها ذكر الاستحسان خاصة
وفي موضع ذكر القياس والاستحسان كليهما فاما الموضع الذي ذكر القياس خاصة ففي
باب الصلاة قال اذا صلوا على الجنازة ركبانا في القياس يجزيهم ولكن لا يجزيهم فاقتصر فيه
الاستحسان ولم يذكره واما الموضع الذي ذكر الاستحسان خاصة ففي باب الاجارات
قال اذا استاجر الظئر بطعامها وكسوتها يجوز استحسانا وقال استحسن ذلك ولم يذكر
القياس واما الموضع الذي ذكر القياس والاستحسان جميعا فهو هذه المسلة قال القياس
في هذا ان يكون باطلا ولكن استحسن ان يكون نصف العبد رهنا لهذا ونصفه رهنا لهذا
وفي ساير المواضع اضمر القياس والاستحسان ولم يظهر **فصل في نفقة الرهن**
وبيان احكامها لما ذكر حكم الرهن اذا كان في يد المرتهن ذكر حكمه اذا كان في يد العدل وهو
الذي يثق الراهن والمرتهن بكون الرهن في يده لانه نايب عن المرتهن والنايب يقفو المنوب
في حالته **قوله** قال واذا اتفقا على وضع الرهن على يدي العدل جاز اي قال القدوري في مختصره
قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي وقبض العدل الرهن بمنزلة قبض المرتهن في حكمه
وضمانه بالدين اذا هلك بلغنا ذلك عن ابراهيم والشعبي وعطاء والحسن وقال ابن ابي ليلى
ان هلك في يد العدل لم يبطل الدين وان مات الراهن فالمرتهن اسوة للغرماء فيه وذلك

وذلك لانه لم يكن في يده فقد بطل الرهن والحاصل ان الرهن هل ينعقد بوصف الصحة واللزوم
بقبض العدل عندنا ينعقد وعنده لا ينعقد هو يقول وجود الرهن بقبض المرتهن ولم يوجد
لا حقيقة ولا تقديرا لان العدل نايب عن الراهن لا عن المرتهن لان المالك هو الراهن لا المرتهن
وكيف يكون نايبا عن المرتهن والعدل نصب ليحفظ عنه في حال لا يؤتمن عليه ولهذا لو لحقه ضمان
بان هلك في يده بان استحق واستحقه يرجع به على الراهن دون المرتهن ونحن نقول ان قبض
العدل كقبض المرتهن فيتم به الرهن كما لو امره بالقبض بنفسه فقبضه وهذا لان غرضهما
تحقيق عقد الرهن لان الكلام فيما اذا اتفقا وامر العدل بقبض الرهن ولا يتحقق رهنا
الا بقبض المرتهن كما قال فوجب جعل العدل نايبا عن المرتهن في القبض وامكن جعله نايبا عنهما
لان المالية كالمشترك بين الراهن والمرتهن لاحدهما من حيث العين وللاخر من حيث اليد
فان المرتهن كالمالك للعين من حيث اليد والراهن مالك لها من حيث الرقبة فوجب جعله
نايبا منهما في حق العين عن الراهن وفي حق اليد عن المرتهن تحقيقا لغرضهما وهو تحقيق عقد
الرهن وانما لا يرجع بالضمان على المرتهن لان لحقه الضمان بسبب العين وهو في حق العين نايب
عن الراهن واذا تم الرهن بقبض العدل لزم الرهن ولزم التسليط عندنا لتعلق حق المرتهن
به فكان هو احق من ساير الغرما لو مات الراهن لاختصاصه به **قوله** وقال مالك لا يجوز
ذكر قوله في بعض النسخ وكان صاحب الهداية شك في قول مالك هنا حيث قال ذكر قوله
في بعض النسخ لان مالكا لا يشترط القبض في الرهن على ما قال صاحب الهداية في اول
الكتاب وقال مالك يلزم بنفس العقد فاذا كان كذلك كان ينبغي ان لا يشترط قبض العدل اصلا
ويحتمل ان يكون عن مالك روايتان في اشتراط القبض في الرهن وقال الشيخ ابو الفضل
الكرماني في اشارات الاسرار الرهن يتم بقبض العدل خلافا لمالك لان يده يد المالك فلا
يتم به الرهن وانا نقول يده على الصورة يد المالك وعلى المعنى يد المرتهن فنزل منزلة
الشخصين ولكن قال مالك في المدونة ولا يتم رهن الا بقبضه وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي
في مختصره قال اصحابنا جميعا ان وقع عقد الرهن بين رجلين على ان يجعلا ذلك على يدي عدل
بينهما فذلك جايز وهو مقبوض وقبض المرتهن وقبض العدل بمنزلة واحدة في
صحة الرهن لان قبضه حق للمرتهن ويد العدل يد المرتهن الا ترى ان المرتهن
لو اراد فسخ الرهن وابطال يد العدل كان له ذلك وان الراهن لو اراد ذلك لم يكن له
فعلمت بهذا ان اليد في الرهن للمرتهن وحق له دون الراهن وان كان للراهن ذكر من ملك

وذلك بمنزلة المشتري للدار الملك له واليد وان كان للشفيع فيها حق الشفعة وكذلك عبد جنى جناية
فالملك واليد لمولى العبد وان كان في العبد حق لولي الجناية الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله **قوله**
وليس للمرتهن ولا للراهن ان ياخذه منه اي قال القدوري في مختصره وانما لم يكن لواحد منهما ان ياخذ
الرهن من العدل لان لكل واحد من الراهن والمرتهن حقا في الرهن للراهن في العين وللمرتهن في اليد
فلا يكون لاحدهما ان يبطل حق الاخر فلو هلك في يده هلك في ضمان المرتهن وهذا لفظ القدوري
في مختصره اي لو هلك الرهن في يد العدل هلك في ضمان المرتهن وكانه في يد المرتهن لان يد العدل
يد المرتهن كما في حق المالية ويد المرتهن في حق المالية مضمونة بالاقل من قيمة الرهن ومن الدين
قوله ولو دفع العدل الى الراهن او الى المرتهن ضمن وهذه من مسايل الاصل قال الحاكم
الشهيد في الكافي واذا دفعه العدل الى الراهن او الى المرتهن كان ضامنا وذلك لانه
مودع منهما جميعا مودع من الراهن في حق العين ومودع من المرتهن في حق اليد وليس
للمودع ان يودع وكذلك لو استودعه رجلا ولو وضعه عند امراته او اجيره او بعض
من هو في عياله لم يضمن لانه مامور بالحفظ المعتاد والحفظ المعتاد في هذا ان يحفظ بيده او بيد من
هو في عياله وان كان العدل رجلين والرهن مما لا يقسم فوضعاه عند احدهما كان جايزا ولا
ضمان فيه لانهما اتيا بالحفظ المطلوب منهما لان حفظهما لا يتاتى في مثل هذا الا بالتهايؤ زمانا
لانه يتعذر عليهما اجتماعهما على حفظه اناء الليل والنهار فكان الحفظ الممكن منهما عادة هذا وقد
اتيا به وان كان مما يقسم فاقتسماه فكان عند كل واحد منهما نصفه لانه لما اضاف الحفظ اليهما
اقتضى هذا انقسام الحفظ عليهما فكانه قال احفظا كل واحد منكما طايفة من العين فان وضعاه
عند احدهما ضمن الذي وضع حصته عند صاحبه في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
لا ضمان عليه وقد مر في كتاب الوديعة انهما لا يملكان التهايؤ في الحفظ فيما يحتمل القسمة
عند ابي حنيفة لا يملكان وعندهما يملكان والدلايل ذكرت ثمة ولكن يضمن كل واحد
منهما بالدفع لا بالاخذ لان كل واحد منهما مودع المودع فيما اخذ ومودع المودع لا يضمن
عند ابي حنيفة **قوله** واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعدما دفع الى احدهما اي الى الراهن
او المرتهن وقد استهلكه المدفوع اليه وهو الراهن او المرتهن او هلك في يد
اي يدي المدفوع اليه لا يقدر ان يجعل القيمة رهنا في يده اي لا يقدر العدل ان يجعلها
رهنا في يد نفسه لانه اذا جاز ذلك يلزم ان يكون العدل قاضيا ما وجب عليه بالضمان
مقتضيا له وهو محال للتنافي بين ان يكون الواحد مسلما ومتسلما ولكن يتفق الراهن والمرتهن
على ان ياخذ القيمة من العدل ثم بعد ذلك يجعلان تلك القيمة رهنا عند ذلك العدل او عند غيره

وان تعذر اجتماع الراهن والمرتهن يرفع الامر الى القاضي احدهما اما الراهن او المرتهن
حتى يجعل القاضي كذلك اعني يأخذ القيمة الواجبة على العدل بالضمان منه ثم يضعه عنده
رهنا ولو فعل القاضي ذلك ثم قضى الراهن الدين ينظر ان كان ضمان القيمة بسبب الدفع الى
الراهن كانت القيمة سالمة له لان القيمة كانت بدل الرهن وقد وصل الرهن الى الراهن فلم
يكن وجه في ان يأخذ الراهن القيمة ليلا يجتمع البدل والمبدل هنا في ملك واحد ثم هل يرجع
العدل بذلك على المرتهن قال في الذخيرة ان كان العدل دفع الرهن الى المرتهن على وجه العارية
او الوديعة وهلك في يده لا يرجع وان استهلكه المرتهن يرجع عليه لان العدل باداء الضمان
ملك الرهن وتبين انه اعار او اودع ملك نفسه فان هلك في يده لا يضمن وان
استهلكه يضمن وان كان العدل دفعه الى المرتهن رهنا بان قال هذا رهن عندك خذه
بحقك واحبسه بدينك رجع العدل عليه بقيمته استهلكه المرتهن او هلك لانه دفع اليه
على وجه الضمان واذا دفع العدل الرهن الى اجنبي وديعة من غير ضرورة فهو ضامن
لان العدل امين في حق الرهن فكان الجواب فيه كالجواب في المودع **قوله** يرفع احدهما
الى القاضي برفع الدال على انه فاعل اي يدفع الامر الى القاضي احد هذين المذكورين وهما
الراهن والمرتهن حتى يأخذ القيمة من العدل ويضعها رهنا عنده وظن بعضهم ان
احدهما منصوب على معنى ان العدل يرفع احدهما وذلك ليس بشيء لان العدل هو الضامن
للقيمة فيبعد ان يرفع الضامن لمطالبه نفسه الخصم الى القاضي **قوله** قال واذا وكل
الراهن المرتهن او العدل او غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة اي
قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان شرطت في عقد الرهن فليس للراهن ان يعزل
الوكيل وان عزل لم ينعزل وذلك لان الاذن في البيع توكيل من الراهن للعدل بالبيع
وتوكيله جايز كما لو وكله من غير رهن وليس للراهن فسخ هذه الوكالة اذا كانت
مشروطة في العقد لانها اذا شرطت فيه صارت من حقوقه الا ترى ان الرهن الموكل
ببيعه اوثق من الرهن الذي لم يوكل ببيعه فاذا صارت الوكالة من حقوق الرهن
لم يكن للراهن ابطاله كما ليس له ابطال القبض وكذلك المرتهن لا يملك فسخ هذه الوكالة
لان العدل وكيل بالبيع لغيره قال الحاكم الشهيد في الكافي وليس للعدل بيع الرهن ما لم
يسلط على بيعه لانه مامور بالحفظ فحسب وان كان رهن على انه مسلط على بيعه فابى
ان يبيعه فرفعه المرتهن الى القاضي اجبره القاضي على بيعه لجدان تقوم البينة على ذلك

بخلاف

بخلاف ساير الوكلا بالبيع فانه لا يجبر لو امتنع وذلك لانه معين ولم يتعلق بهذه الاعانة حق
اما هذا فانه معين تعلق حق الغير به فجاز ان يجبر عليه ابقا لحق الغير لانه قد التزم ذلك وصار
نظير الكفالة ولانه اذا كان مشروطا في الرهن وقد شرع ذلك توثيقا لتصفية الرهن صار
من اوصاف الرهن فلزم كاصله فان كان هذا التسليط مشروطا في العقد يلزم لتمكنه
وان كان غير مشروط لتمكنه واحدة كذا في شرح الكافي **قوله** فليس للراهن ان يعزل الوكيل
اي بدون رضا المرتهن لانهما اذا اتفقا على ذلك جاز **قوله** الا ترى انه اي عقد الوكالة
يلزم بلزوم اصله الذي هو الرهن **قوله** وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي قال
القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وهذا كما قالوا في الوكيل بالخصومة ان المدعي اذا طالب
خصمه عند القاضي بوكيل بعينه فنصب له وكيلا لم يجز للموكل عزله لان حق الخصم تعلق بهذه
الوكالة بعينه ثبتت بمطالبته ولو كان وكله ابتداء بالخصومة من غير مطالبة جاز عزله
حين لم يتعلق بالوكالة حق الخصم **قوله** ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك بالنقد والنسية ثم نهاه
عن البيع نسية لم يعمل نهيه قال القدوري في شرحه قال محمد رحمه الله في الزيادات ان للعدل
ان يبيع بالنقد والنسية لعموم الامر الا ان يكون نهاه الراهن عند عقد الرهن ان يبيع
بنسية لانه حينئذ وكله وكالة خاصة وان كان اطلق الوكالة ثم قال له بعد ذلك لا تبع
بالنسية فبيعه بالنسية جايز لان اطلاق الامر اقتضى جواز البيع بالنسية وهو لا يملك
تغيير ما اقتضته الوكالة وهذا لان عقد الوكالة صار لازما بلزوم اصله لكونه مشروطا
في عقد الرهن فلزم اصله بكل الرم وصفه وهو الاطلاق وحيث لم ينتقيد بالنقد بالنهي
عن النسية وهذا الذي ذكرنا مذهبنا فعلى مذهب الشافعي للموكل عزل الوكيل وان شرطت
الوكالة في عقد الرهن كذا ذكره في شرح ابي نصر قياسا على ساير الوكالات والفرق ظاهر
لان ساير الوكالات لم يتعلق بها حق الغير بخلاف ما نحن فيه **قوله** وان مات الراهن
لم ينعزل وهذا لفظ القدوري في مختصره اي لم ينعزل العدل بموت الراهن قال الشيخ
ابو الحسن الكرخي في مختصره لو مات الراهن او مات المرتهن او ماتا فان العدل على امره
في امساك الرهن وبيعه وذلك لان الوكالة المشروطة في الرهن من حقوقه فلا تبطل بموت
الراهن كالقبض ولا تبطل بموت المرتهن لانه ليس بموكل وليس هذا كالوكالة
المبتداة في عقد الرهن لانها لما لم تشترط فيه لم تكن من حقوقه فجاز للوكيل العزل عنها

ولان عقد الوكالة لو بطل بموت الراهن بطل حق الورثة كما في ساير الوكالات تبطل بموت
الموكل حيث ينتقل الملك الي الورثة ولا رضى لهم بالبيع واما ههنا فلا اعتبار لحق الورثة
لان حق المرتهن مقدم على حقهم **قوله** وللوكيل ان يبيع بغير محضر من الورثة اي للوكيل
الذي هو عدل ان يبيع الرهن بالوكالة المشروطة في عقد الرهن بغير محضر من ورثة
الراهن الذي مات كما كان يبيعه بغير محضر منه في حال حيوته ولفظ محمد في اصل الجامع
الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل رهن رجلا جارية وجعله مسلطا على بيعها ثم مات
الراهن قال للمرتهن ان يبيعها بغير محضر من ورثة الراهن **قوله** فيبقى بحقوقه وادمها
والحقوق في الحبس والاستيفا والوكالة والاوصاف اللزوم وجبر الوكيل على البيع اذا الحق
والبيع بالنسية وحق بيع الولد وحق صرف الدراهم بالدنانير **قوله** وان مات الوكيل
انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه وقال الحاكم الشهيد في الكافي وان مات
العدل بطل تسليط على البيع والرهن على حاله وذكر لانه توكيل والوكالة مما تبطل بموت
الكفيل لانه لا يجري فيها الوراثة لان هذا حق عليه انما تجري فيما له لا فيما عليه ولا يهار رضا
برايه لا براي غيره ويكن الرهن على حاله لان التسليط على البيع امر زايد فيه فلا يبطل
ببطلانه الرهن فان اوصى العدل ببيعه لم يجز لانه لا يقدر على اقامة غيره مقام نفسه
في حال الحيوة فلان لا يملك بعد الوفاة وقد بطلت ولايته اصلا اولى كذا في شرح الكافي
وقال في الذخيرة اذا كان العدل وكيلا في بيع الرهن فاوصى الي رجل ببيعه لم يجز الا
ان يكون الراهن قال له في اصل الوكالة وكلتك ببيع الرهن واجزت لك ما صنعت فيه
من شي فح تجوز الوصية ببيعه ولا يجوز لوصيه ان يوصي به الي ثالث **قوله** وعن ابي يوسف
ان وصي الوكيل يملك بيعه اي بيع الرهن عند حلول الدين قال الفقيه ابو الليث في شرح
الجامع الصغير روى الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف انه قال لوصي الوكيل ان يبيع لان هذا
حق واجب ولو اراد الراهن ان يحجر عليه لم يكن له ذلك فصار بمنزلة المضارب وقد
اتفقوا ان المضارب اذا مات كان لوصيه ان يبيع مال المضاربة وذلك ان الوكالة
لما كانت مشروطة في عقد الرهن كانت لازمة بحيث لا يجوز فسخها فملك الوصي الذي
للوكيل بالبيع ذلك والجواب ان يقال ان المضارب لو وكل غيره في حال حيوته بذلك جاز
لوكيله ان يبيع مال المضاربة واما ههنا لو وكل غيره في حال حيوته لم يجز فكذلك بعد الوفاة

سلمنا ان التوكيل كان لازما لكنه لا يجوز فسخه ولكن الارث انما يجري فيما له لا فيما عليه والوكالة
حق لازم عليه لا له فلا يجري فيها الارث وليس المضاربة كذلك لانها حق للمضارب **قوله** وليس
للمرتهن ان يبيعه الا برضا الراهن اي ان يبيع الرهن قال في الجامع الصغير وليس للمرتهن
ان يبيع الرهن في دينه اذا لم يكن الراهن سلطه على بيعه او اذن له فيه ولان يواجره ولان
يعيره فان فعل شيا من ذلك فسخ ورد الي يد المرتهن الي هنا لفظ الكرخي رحمه الله
وذلك لان بيع ملك الغير لا يجوز الا بوكالة او ولاية ولم يوجد واحد منها ولان المرتهن
ثبت حقه بعقد الرهن فكان له ان يتصرف باقتضاء من الامساك الا ان يجعل له الراهن
ما زاد على ذلك وكذلك ليس للراهن ان يبيعه بغير اذن المرتهن لان المرتهن احق بماليته
منه فلا يكون للراهن قادرا على تسليمه وهذا لان حكم الرهن ملك العين في حق الحبس
حتى يكون المرتهن احق بامساكه الي وقت ايفا الدين وقال في شرح الطحاوي وليس
للمرتهن ان يبيع الرهن بغير اذن الراهن وان باعه بغير اذنه توقف على اجازة صاحبه
فان اجازه جاز ويكون الثمن رهنا وان لم يجزه لا يجوز البيع وله ان يبطله ويعيده رهنا
رهنا وان هلك في يد المشتري قبل الاجازة فلا تجوز الاجازة بعده ولكن الراهن له ان يضمن
ايهما شا فان ضمن المرتهن جاز البيع والثمن له ويكون الضمان رهنا وقيل انما يجوز البيع
بتضمين المرتهن اذا اسلم الي المشتري اولا ثم باع منه واما اذا كان التسليم بعد البيع
فلا يجوز بيعه ويرجع بالضمن على المشتري لان سبب ملكه تاخر عن البيع فصار كما اذا باع
مال الغير بغير اذن صاحبه ثم اشتراه من صاحبه لا يصح بيعه لكن ذكر ههنا الا ان في ظاهر
الرواية قال يجوز البيع بتضمين المرتهن ولم يفصل وان ضمن المشتري بطل البيع ويكون الضمان
رهنا ثم يرجع المشتري على البايع بالثمن كذا في شرح الطحاوي وتمام البيان في بيع الراهن
يجي في اول الباب الذي يلي هذا **قوله** قال فان حل الاجل وابى الوكيل الذي في يده الرهن
ان يبيعه والراهن غايب اجبر على بيعه اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد
عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل وضع على يديه رهن وامر ببيعه اذا حل الاجل فقال
لا ابيعه والراهن غايب قال يجبر على بيعه وكذلك اذا كان بين رجلين خصومة فوكل
المدعا عليه بالخصومة فطلب المدعي وغاب فطلب المدعي ذلك منه فقال الوكيل لا اخاصم
فانه يجبر على الخصومة الي هنا لفظ اصل الجامع الصغير قال فخر الاسلام البزدوي اما العدل

فانما اجبر على ذلك لوجهين احدهما انه لما شرط في عقد الرهن صار من اوصافه فاخذ حكمه
وصار لازما بلزومه وهو يوجب ايفاء حكمه جبرا وان كان التوكيل المفرد لا يوجب اللزوم الا ترى
ان العبد المأذون لا يؤخذ بضمان المهر حتى يعتق فاذا صار تابعا للشرا اخذ به في الحال
اذا وطئ امة بالشرا فاستحقت والثاني ان الوكالة صارت حقا للمرتهن ههنا ليصل بذلك
الى حقه في استيفاء الدين وما صار وسيلة الى الواجب فهو واجب وانما اجبر الوكيل
على الخصومة بهذا الطريق الثاني وهذا الذي قلنا اذا كان التوكيل وشرط البيع في الرهن
شرطا فيه فان لم يكن لكنه شرط ذلك بعد عقد الرهن فقد اختلف فيه مشايخنا والطريقة
الاولى تدل على انه لا يجبر والطريقة الثانية تدل على الجبر قال فخر الاسلام وهو الصواب
لانه يجوز ان يكون معلولا بكل واحدة من العلتين وقد اطلق وضع المسئلة في هذا الكتاب
اي في الجامع الصغير فدل ذلك على ان الوجهين على السوا ودلت مسئلة الوكالة في الخصومة
على ذلك ايضا لانها لا تخرج الا على الطريقة الثانية وفسر الحران بخمس اما ما هي سبع
ثم اعلم ان الوكالة المشروطة في عقد الرهن تفارق المفردة عن عقد الرهن من وجوه احدها
ان الموكل اذا عزله لا ينعزل بدون رضا المرتهن وثمة ينعزل والثاني اذا مات الراهن
لا ينعزل وثمة ينعزل الوكيل بموت الموكل والثالث اذا ابى الوكيل ان يبيع فههنا يجبر
وثمة لا والفروق الثلاثة مرت والرابع ان يبيع الولد والوكيل المفرد لا يبيع الولد
والخامس اذا باع بخلاف جنس الدين له ان يصرفه الى جنس الدين والوكيل المفرد اذا
باع لا يصرفه الى شيء اخر وهذا لانه مامور بقضا الدين فلا بد ان يملك ما هو من ضروراته
وجعل الثمن من جنس الدين من ضرورات قضا الدين بخلاف الوكيل المفرد فانه كما باع
انتهت الوكالة والسادس ان العبد المرهون اذا قتله عبد فدفع به كان له ان يبيعه بخلاف
الوكيل المفرد وكذا اذا قتل الرهن فغرم القاتل قيمته وهذا لانه صار الرهن ما دفع عن
العبد لانه قام مقامه فيتعلق به من الحق ما تعلق به قوله لما ذكرنا من الوجهين احدهما
ان الوكالة المشروطة في ضمن عقد الرهن وصف من اوصافه والثاني ما قال بقوله وفي القول
الاول وحقه اي حق المرتهن فكذا ههنا يلزم التوا حق المرتهن اذا ابى الوكيل البيع قوله وعن
ابي يوسف ان الجواب في الفصلين واحد اي يجبر الوكيل على البيع اذا ابى سوا كانت الوكالة
مشروطة في عقد الرهن او بعده قوله واذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن

تابع

قائم مقامه فكان رهنا وان لم يقبض بعد ذكرها نفيا قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره
واذا باع العدل الرهن فقد خرج من يده الرهن وصار الثمن هو الرهن كان الثمن مقبوضا او
غير مقبوض فان توى على المشتري او بعد ان قبضه العدل توى من مال المرتهن الى هنا لفظ الكرخي
رحمه الله وذلك لانه لما باعه انتقل الملك فيه الى المشتري واستحال ان يبقى رهنا بعد صحة انتقال
الملك فيه وانما صار الثمن رهنا لانه قام مقام الرهن فيتعلق به من الحكم ما تعلق به ولئن
يمتنع ان يكون رهنا وان لم يقبض لانه قام مقام ما قبض فزوال الملك المقبوض فيه لا يخرجه
من ان يكون رهنا كما لو استعار الراهن الرهن واما قوله ان الثمن اذا توى كان من مال
المرتهن فلانه قام مقام الرهن فصار هلاكه كهلاك الرهن انه يكون من ضمان المرتهن
ولا يقال كيف يكون مضمونا وليس في قبضه فهلا كان كهلاك الرهن في يد الراهن او في يد
المستعير من الراهن وذلك لان الدين ثبت في ذمة المشتري لحق المرتهن فصار كونه في ذمة
المشتري ككونه في يد المرتهن او في يد البائع قوله وكذلك ان قتل الرهن فغرم القاتل قيمته
او قتله عبد فدفع به فقد صار الرهن ما دفع عن العبد لانه قام مقامه فيتعلق به من الحكم
ما تعلق به كذا ذكر القدوري في شرحه قوله واذا توى كان مال المرتهن هو بنصب اللام
على انه خبر كان اي اذا توى الثمن كان من مال المرتهن وهو ظاهر قوله لان الملك مستحق
من حيث المالية يعني ان قيمة العبد المقتول يكون رهنا مقامه وان كان ضمان القيمة
مقابلا بالدم ولهذا لا يزاد على دية الحر لان المولى يستحق هذا الضمان بسبب المالية
فجعل له حكم ضمان المال في حق المستحق وهو المالك فيبقى عقد الرهن قوله قال واذا باع
العدل الرهن فاوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمن العدل كان بالخيار ان شا
ضمن الراهن قيمته وان شا ضمن المرتهن الثمن الذي اعطاه وليس له ان يضمن
غيره اي قال محمد في الجامع الصغير ولفظ محمد فيه عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل رهن
عبدا ووضع على يد عدل وامره ببيعه فباعه واوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن
فضمن العدل كان هو بالخيار ان شا ضمن الراهن القيمة وان شا ضمن المرتهن الثمن
الذي اعطاه وليس له ان يضمنه غيره الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير اي ليس للعدل ان
يضمن المرتهن غير الثمن الذي اداه اليه وحاصله قالوا في شروح الجامع الصغير
ان المستحق بالخيار ان شا ضمن الراهن وان شا ضمن العدل لان كل واحد منهما

غاصب في حق المستحق فان ضمن الراهن نفذ البيع ونفذ القبض لانه اذا ضمن الراهن ظهر
ان الراهن رهن ملك نفسه فصح الرهن وصح البيع والقبض وان ضمن العدل فالعدل
بالخيار ان شاء رجع على الراهن بما ضمن من القيمة لانه هو الذي ادخله في هذه الورطة فاذا
ضمن بفعل بامره لاجله كان له ان يرجع عليه بما ضمن وان شاء رجع على المرتهن بالثمن الذي
اعطاه لان المستحق لما ضمن العدل فقد ملك العبد بالقيمة فينفسخ البيع عليه فصار الثمن له
وظهر ان المرتهن اخذ الثمن بغير حق فاذا رجع به عليه بطل اقتضاؤه فيرجع المرتهن على
الراهن بدينه قوله ففي الوجه الاول اي فيما اذا كان المرهون المبيع هالكا قوله
وصح الاقتضاء اي صح قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه قوله وان ضمن البائع اي العدل قوله
فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه اي على الراهن قوله فصار الثمن له اي للعدل ملكه اي
ملك العدل لم يكن راضيا به اي لم يكن العدل راضيا باداء الثمن الى المرتهن قوله فله ان
يرجع به عليه اي فللعدل ان يرجع بالثمن الذي اداه الى المرتهن على المرتهن قوله ثم يرجع
به على الراهن اي يرجع المرتهن بجنس الدين على الراهن قوله ولو كان التوكيل بعد
عقد الرهن غير مشروط في العقد فالحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن
المرتهن ام لا قال الكرخي في مختصره وان كان الراهن سلط العدل على بيع الرهن بعد عقد الرهن
على غير شرط كان في عقد الرهن فهو وكيل للراهن خاصة وما لزم العدل بالبيع رجع به على الراهن
خاصة قبض الثمن المرتهن او لم يقبضه الى هنا لفظ الكرخي رح وذكر لان التوكيل بعد العقد
انما يقع لحق الراهن خاصة دون حق المرتهن الا ترى ان المرتهن لا يملك مطالبة هذا
الوكيل بالبيع ولا يمنع الراهن من عزله واذا وقعت الوكالة خاصة لحق الراهن لم يثبت الرجوع
على غيره وصار كمن وكل رجلا ببيع شيء وان يقضي بثمنه دينه ففعل ثم لزمه ضمان لم يرجع به
على المقضي وليس كذلك الوكالة المشروطة في الرهن لانها لحق المرتهن بدلالة انه يملك المطالبة
بالبيع ويمنع الراهن من العزل فاذا وقع البيع لحقه وسلم له عوضه جاز ان يلزمه الضمان
كذا ذكر القدوري في شرحه قوله على المقضي اي على القابض قوله هكذا ذكر الكرخي اراد
ما ذكره في مختصره فقد مر انفا وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع اي الذي
ذكره الكرخي يؤيد قول من قال من المشايخ ان الوكيل اذا كانت وكالته غير مشروطة
في عقد الرهن لا يجبر على البيع اذا ابى ذلك لانه فرق بين الوكالتين حقا اي الوكالة المشروطة

بعقد الرهن انما يرجع بما ضمن على الراهن لا على المرتهن لانه لم يتعلق به حق المرتهن وقد مر اختلاف
المشايخ فيه عند قوله فان حل الاجل وابى الوكيل الذي في يده الرهن ان يبيعه والراهن غائب
اجبر على بيعه قوله قال وان مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار
ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن اي قال في الجامع الصغير ولفظ محمد في الجامع الصغير عن
يعقوب عن ابي حنيفة في رجل رهن رجلا عبدا يساوي الف درهم فمات العبد في يد المرتهن
ثم استحقه رجل فضمن الراهن القيمة قال فالعبد ذهب بالدين فان ضمن المرتهن القيمة رجع المرتهن
على الراهن بالقيمة التي ضمن وبالدين ولا يكون رهنا الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وانما كان للمستحق
الخيار في تضمين الراهن والمرتهن لان كل واحد منهما متعد في حق المستحق اما الراهن فبتسليم
الرهن الى المرتهن واما المرتهن فبالقبض فصار الراهن كالغاصب والمرتهن كغاصب الغاصب
فله ان يضمن ايهما شاء ثم اذا ضمن الراهن نفذ الرهن وهلك العبد بالدين لان الراهن ملكه باداء
الضمان من وقت القبض فتبين انه رهن ملك نفسه وان ضمن المرتهن القيمة رجع المرتهن على الراهن
بما ضمن من القيمة وبالدين ايضا اما الرجوع بالقيمة فلان الراهن غره حيث رهن ملك غيره
وصار كانه هو الذي اوجب عليه الضمان ولان المرتهن في حق العين كالمودع فاذا الحقه ضمان
في الامانة كان له ان يرجع بذلك على من دفع اليه فيكون قرار الضمان على الراهن واما الرجوع
بالدين فلان المرتهن لم يصر مستوفيا لدينه بهلاك الرهن لان الرهن لم يكن ملك الراهن فكان
ينبغي ان ينفذ الرهن في تضمين المرتهن ايضا لان قرار الضمان على الراهن واما الرجوع بالرهن
وكانه رهن ملك نفسه كما اذا ضمن الراهن ابتداء والفرق بين الابتداء والانتهاء ان عقد
الرهن انما ينفذ بالملك بالاجماع ولا ينفذ الا بملك سابق على العقد لا بملك متاخر الا ترى ان من
باع ملك غيره ثم ملكه بوجه من الوجوه لم ينفذ ذلك البيع والملك للراهن هنا متاخر
عن عقد الرهن لان رجوع المرتهن عليه باستعماله اياه بامره لا بالقبض فاقتصر الرجوع
على وقت دفع الرهن اليه واقتصر ثبوت الملك للراهن ايضا على وقت الدفع وعقد الرهن كان
سابقا على وقت الدفع فلم ينفذ على ملك مستحدث وهذا بخلاف المضارب اذا استحق
مال المضاربة فضمن المستحق رب المال او المضارب نفذت المضاربة في الوجهين
اما اذا ضمن رب المال فظاهر واما اذا ضمن المضارب فرجع المضارب على رب المال بما ضمن
نفذت المضاربة ايضا وان ملكه رب المال مال المضاربة من وقت الدفع الذي هو سبب الرجوع

والعقد سابق عليه لان عقد المضاربة جايز غير لازم والعقد اذا لم يكن لازما يجعل لدوامه حكم الابتدا
ولهذا انطلت الوكالة والاذن بموت الموكل والمولى وجنونهما وكذلك تبطل المضاربة بموت
رب المال وبموت المضارب كما في الوكالة واذا جعل لدوامه حكم الابتدا فصار كانه انشا العقد
بعد الرجوع فتعدت واما الرهن فعقد لازم فلا يكون لدوامه حكم الابتدا الا ترى ان الكتابة
لما كانت لازمة لا تبطل بالموت والجنون فكذا الرهن فاذا لم يكن لدوامه حكم الابتدا لم يكن تنفيذ
العقد بملك متاخر وتحرير تنفيذه ايضا بملك سابق فلم يبطل الرهن لان الدين انما يبطل بهلاك
الرهن اذا رهن ملك نفسه ولم يوجد ذلك اما اذا رهن ملك غيره فلا كذلك فاذا ضمن الراهن
ابتدا حيث ينفذ الرهن فلا يرجع المرتهن على الراهن بدينه لانه انما يضمنه بالقبض
السابق على الرهن لا بالتسليم الى المرتهن فيثبت الملك للراهن سابقا على عقد الرهن مستندا
الى زمان القبض فيتبين انه رهن ملك نفسه وهذا هو غاية التحقيق في المسئلة مع الفرق
بينها وبين المضاربة وهو المراد من تطويله في كتابه المنتهى **قوله** بالتسليم او بالقبض
يعني ان الراهن متعد بالتسليم الى المرتهن والمرتهن متعد بالقبض **قوله** تعذر ما ثبت
بالدين اي ذهب بالدين **قوله** هذا طعن ابي حازم القاضي اي هذا السوال طعن به ابو حازم
على محمد في المسئلة وجوابه ما بيناه وابو حازم بالحاء المهملة كذا في المخرب وهو ابو حازم عبد الحميد   صوابه بالخاء المعجمة
بن عبد العزيز القاضي الحنفي اصله من البصرة وسكن بغداد وكان ثقة دينا ورعا عالما
بمذهب اهل العراق والفرائض والحساب والقسمة حسن العلم بالجبر والمقابلة وحساب الدور
وغامض الوصايا والمناسخات قدوة في العلم وكان احذق الناس بعمل المحاضر والسجلات
وما كان يعلم احدا رآه اتزاي اعقل منه وقد اخذ العلم عن عيسى بن ابان وهو هلال
الراي البصري وهلال اخذ عن ابي يوسف وزفر ومحمد وكان ابو حازم استاذ ابي طاهر
الدباس واقرانه وكان ابو حازم ولي القضا بالشام والكوفة والكرخ من مدينة السلام
ثم استقضاه الخليفة المعتضد بالله على الشرقية سنة ثلاث وثمانين ومايتين وتوفي
ابو حازم في جمادى الاولى سنة اثنتين وتسعين ومايتين **قوله** او بالاشتغال عطف على قوله
بسبب الغرور اليه اي الى الراهن كانه وكيل منه اي كان المرتهن وكيل الراهن من
حيث انتقال الملك منه اليه كانتقال الملك من الوكيل الى الموكل **قوله** بخلاف الوجه الاول وهو
ما اذا ضمن المستحق الراهن ابتدا

فصل في احكام بيع الرهن بغير اذن المرتهن

لماكان

لما كان التصرف في الرهن بعد ثبوت الرهن وكذلك الجناية على الرهن وجناية الرهن على غيره
ذكره عقيب مسايل الرهن لان كل تركيب بعد طبعا يجب وضعا للمناسبة **قوله** قال واذا باع
الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان
اجازه المرتهن جاز وان قضاه الراهن دينه نفذ ذلك البيع والاصل هنا ان ابطال المستحق
موقوف على اجازة صاحبه كما ان ابطال الملك موقوف على اجازة المالك اذ الحق محترم كالملك
وبيطلانه يتضرر صاحبه كما يتضرر المالك ببطلان ملكه اذا عرف هذا نقول قال محمد في الجامع
الكبير اذا رهن رجل عبدا من رجل بالف درهم قيمته الف درهم وقبض المرتهن الرهن ثم ان
الراهن باع الرهن من رجل اخر بالف درهم فالبيع باطل الا ان يجيزه المرتهن الى هنا لفظ محمد في
الجامع الكبير قال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع اي سيبطل اذا لم يجز المرتهن لا ان
وقع باطلا لان ما وقع باطلا لا يتصور نفاذه بالاجازة وهو مثل قول القايل الاكل شي ما خلا الله
باطل وكل نعيم لا محالة زايل قال وروي عن ابي يوسف في الامالي ان البيع نافذ حتى ان المشتري
لو اعتقه قبل القبض ينفذ عتقه واذا لم يعتقه المشتري بقي رهنا عند المرتهن فيستوفي
المرتهن دينه قال وهذا اقول ابي يوسف الاول وقوله الاخر مثل ما ذكر في الكتاب اي في الجامع
وجه ما روي عن ابي يوسف ان الراهن يتصرف في خالص ملكه لان البيع تصرف موضوع لنقل
الملك والملك له ولهذا لو اعتقه نفذ عتقه فكان البيع نافذا لان حق المرتهن يفوت الى خلف
وهو الثمن بخلاف بيع المستاجر لان ثمة حق المستاجر لا يتحول الى الثمن لان الثمن بدل العين
لا بدل المنفعة فيتوقف على اجازة المرتهن المستاجر وجه الظاهر انه عقد على ملك نفسه والغير
فيه حق موقوف عليه كمن اوصى بجميع ماله يتوقف على اجازة الوارث كذلك هذا فاذا وقف على
اجازة المرتهن جاز باجازته لانه وفق حقه وقد اسقط حقه فقد سقط حق المرتهن
فزال المعنى المانع من لزوم العقد فينعقد ولزم وقال ظهير الدين الولوالجي في فتاواه
في كتاب البيوع بيع المرهون يعني انه غير نافذ في حق المرتهن وللراهن ليس حق الفسخ
بمنزلة بيع المستاجر وذكر في بعض المواضع ان بيعهما سوا انه يصح لكن لا ينفذ وبه يعني
انه غير نافذ في حق المرتهن وذكر في شرح عصام وفرق بينهما وقال بيع المستاجر باطل
وبيع المرهون موقوف لان في قدرة الراهن على التسليم ترددا لان الطريق في يده وهو   بالوقف
قضا دين المرتهن وكان عجز الراهن عن التسليم دون عجز المالك عن تسليم المستاجر فعلنا

ههنا والحاصل انه اختلف الفاظ محمد في بيع المرهون في بعض المواضع قال باطل وفي بعضها قال
فاسد ومعناه سيبطله وسيفسده القاضي اذا طلب المشتري التسليم وابى المرتهن وفي
بعض المواضع قال موقوف وهو الصحيح قوله واذا انعقد البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه
الى بدله هو الصحيح يعني يكون بدل المرهون وهو الثمن رهنا مكان المبيع المرهون واحترز
بقوله هو الصحيح عن رواية القاضي ابي حازم عن ابي يوسف انه قال انما يصير الثمن رهنا
اذا شرط المرتهن عند الاجازة ان يكون الثمن رهنا عنده لان عند عدم الشرط وجد الرضا من
المرتهن لما اجاز البيع ونفذ صار الثمن مملوكا للراهن لانه بدل ملكه وهو مال آخر
سوى الرهن ملكه الراهن بسبب جديد فلا يكون رهنا كما لو وهب الراهن واجاز المرتهن
لا تكون الاجرة رهنا فكذا هذا وجه ظاهر الرواية ان الثمن بدل العين المرهون فيتحول
اليه الرهن كما ينتقل حق رب الدين الى بدل العبد المديون اذا بيع مع رضا رب الدين وهذا
لان اجازة بيع الرهن لا يدل على الرضا بسقوط حقه بل الغالب ان المرهون انما يباع ليتقضى
بثمنه الدين فلا يسقط الحق بل ينتقل الى بدله بخلاف الاجارة فان الاجارة ليست بدل العين
فلا ينتقل اليها الحق لانها بدل المنفعة كذا قال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير
وحاصل الكلام هنا ان من تصرف في عين مملوك له وقد تعلق به حق الغير فاجاز صاحب الحق
تصرفه فمحل تعلق حقه بدله يبطل فان كان ما وجب من البدل بدلا عما تعلق به حقه
يتعلق حقه بالبدل وان كان ما وجب من البدل بدلا عما لم يتعلق به حقه لا يتعلق حقه بالبدل
وكذا اذا باع الآجر المستاجر فاجاز المستاجر بيعه لا يتعلق حقه بالثمن لان الثمن وجب
بدلا عن العين وحقه في المنفعة فاما حق المرتهن فمتعلق بالعين فجاز ان يتعلق
حقه ببدله قوله وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن
الرهن لا سبيل للمشتري عليه قال الولوالجي في فتاواه الاصح انه لا ينفسخ حتى لو افتكه
الراهن كان للمشتري فيه سبيل وما ذكر من اللفظ في الكافي يدل عليه فانه قال لو كان العبد
رهنا فباعه الراهن فابى المرتهن ان يجيزه لم يجز البيع فهو موقوف جعله موقوفا
بعد اباء المرتهن وقال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير روي عن ابي
حنيفة فيه روايتان في رواية انه ينتقض البيع حتى ان حق المرتهن لو سقط احتيج
الى بيع مستانف وفي رواية عنه لا ينتقض ثم قال وقيل ان المروي عنه ان البيع ينتقض

جواب القياس والمروي عنه انه لا ينتقض جواب الاستحسان وجه القياس ان هذا الحق
يمنع له الملك والعقد المنعقد لابطال ملك الانسان بغير امره ينفذ بالاجازة ويبطل بالابطال
فكذا العقد المنعقد لابطال حق الغير حتى لو ملكه بعد ذلك لا يعود البيع ولا ينفذ فكذا هنا
لو افتكه الراهن وجه الاستحسان ان صاحب الحق يحتاج الى صيانة حقه وذلك يحصل بمنع
النفاذ وهنا وان كان المالك ممنوعا فانما هو خالص ملكه لا حق لصاحب الحق فيه
فلا يتعدى تصرفه بالاجازة او الابطال الى ما وراء حقه فيكون ملحقا بالعدم بخلاف الفضولي
فانه تصرف في الملك وحق صاحب الملك في الملك فكانت له ولاية ابطال التصرف المصادف
حقه من جميع الوجوه وههنا الامر بخلافه فلم ينفسخ البيع بفسخ المرتهن وبقي موقوفا فان
شاء المشتري صبر الى فكاك الرهن لان العجز عن تسليم المبيع على شرف الزوال وان شاء رفع
الامر الى القاضي حتى يفسخ البيع لان له ولاية عامة فيفسخه لفوات القدرة على التسليم
كالمبيع اذا ابق قبل القبض فانه يتخير المشتري اما ان يصبر الى زوال العجز واما ان يرفع الامر
الى القاضي فيفسخ البيع قوله ولو باع الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان
يجيزه المرتهن فالثاني موقوف ايضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف
الثاني فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني وهذه من مسائل الجامع الكبير ذكرها تفريعا
وذلك لان الراهن في حق ملك المرتهن بمنزلة الفضولي وقد تعلق حق المرتهن بكل بيع لان
حقه يتعلق بالثمن الا ترى انه قد يرهن ليباع فايهما اجازه المرتهن وسلمه اليه نفذ ذلك
ويأخذ الثمن ويكون رهنا عنده قال الشيخ ابو المعين النسفي رحمه الله في شرح الجامع الكبير
وهذه الرواية انما يستقيم على رواية الجامع عن ابي يوسف ان البيع لا ينفذ بدون اجازة
المرتهن فلا فيتوقف البيع الثاني على المشتري الاول لانه ملكه بالعقد الاول على المرتهن
قوله قال ولو باع الراهن ثم آجر او رهن او وهب من غيره واجاز المرتهن هذه العقود
جاز البيع الاول وهذه من مسائل الجامع ذكرها تفريعا واراد بهذه العقود الاجارة
والرهن والهبة قال في الجامع الكبير ولو كان الراهن باعه او كذا من رجل بالف درهم فلم
يجز ذلك المرتهن ولم ينقض الثمن من البيع حتى رهنه الراهن عند رجل آخر بالف درهم له
عليه ودفع الرهن الى المرتهن الثاني فاجاز المرتهن الرهن فان الرهن الثاني باطل والبيع
الاول جائز قال وكذلك لو كان الراهن آجر العبد بعد البيع او وهب وسلم ثم اجاز المرتهن

الاجارة او الهبة ودفع الرهن الى الموهوب له فانه يصح البيع ولا يصح الاجارة والهبة وانما
ينفذ البيع الثاني اذا اجازه المرتهن بخلاف العقود الاخر حيث لا ينفذ لانه لا حق للمرتهن في تلك
العقود لانه لا يتعلق حقه ببدل المنفعة والدين الا ترى انه لا يرهن ليرهن او ليستاجر
فلم يتوقف وكانت الاجازة ابطالا لحق نفسه في الحبس فنفذ البيع لان بيع المرهون نفع للمرتهن
لانه ينتفع به فان حقه يتحول الى الثمن وليس كذلك العقود كذلك لان المرتهن الاول لا ينتفع بها قال
الشيخ ابو المعين شرط في فصل الرهن والهبة تسليم العين الى المرتهن الثاني والموهوب له
الاجازة لان هذين العقدين لا يعتبران بدون القبض ولم يشترط ذكر مع الاجازة في فصل
الاجازة لان عقد الاجارة معتبر بدون القبض كالبيع سواء قوله قال فلو اعتق الراهن
عبد الرهن نفذ عتقه قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان كان الدين حالا طولب باداء
الدين وان كان موجلا اخذ منه قيمة العبد فيكون ههنا مكانه حتى يحل الدين وان كان الراهن
معسرا استسعى العبد في قيمته فيقضي به الدين وكذلك ان استهلك الراهن الرهن الى هنا لفظ
القدوري وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا رهن الرجل عبدا يساوي الفا بالف هي
عليه الى اجل او يساوي خمسمائة ثم ان المولى اعتق العبد فالعبد حر وقد خرج من الرهن فان
كان الراهن المعتق موسرا فلا شيء على العبد وان اعسر الراهن بعد ذلك قبل ان يودي المال فلا
شيء على العبد من سعاية ولا غيرها وان كان الراهن يوم اعتق العبد معسرا كان للمرتهن ان
يرجع بدينه ان شاء على الراهن وان شاء رجع على العبد فاستسعاه في الاقل من قيمته ومن الدين
فان كانت قيمته اقل من الدين سعى في قيمته وان كان الدين اقل من قيمته سعى في الدين ولا شيء
سعى فيه العبد من ذلك كان له ان يرجع فيه على الراهن لانه اداه عنه الى هنا لفظ الكرخي
قال القدوري في شرحه واما جاز عتق الرهن خلافا لما قال الشافعي لان الراهن قبل الرهن
مالك لعتق العبد ومن ملك عتق عبد لم يزل ملكه عن عتقه الا بزوال ملكه عن رقبته او كذا
معنى بالمالك يوثر في صحة قوله ولانه محبوس لاستيفاء كالمبيع في يد البائع فكذلك
فكذا هذا فاذا ثبت جواز العتق فان كان المعتق موسرا والدين حال طولب بالدين لانه لا
معنى للالزام من قيمة الرهن مع حلول الدين فيطالب بالدين وان كان الدين موجلا اخذ الراهن
قيمة العبد وكانت رهنا مكانه لانه تعلق حق الغير بملك الانسان يجعل المالك كالاجنبي بدلالة
العبد الموصى بخدمته اذا اتلفه الورثة يلزمهم قيمته يشترى بها عبد يخدم الموصى له كذلك هذا

وكالعبد المأذون اذا لحقته ديون فاتلفه المولى ولانه بعتقه ابطل حق المرتهن من الوثيقة
ولا يمكن استدراك حقه الا بالتضمين وكذلك ان اعسر المعتق بعد العتق فلا ضمان على العبد
لان العتق وقع غير موجب للضمان عليه فلا يوجب ذلك في الثاني فاما اذا كان المعتق معسرا
فللمرتهن ان يستسعي العبد في الاقل من قيمته ومن الدين لان الدين كان متعلقا برقبته
وقد سلمت له رقبته بالعتق فاذا تعذر استيفاء الضمان من الراهن لزم العبد ما سلم له
الغاصب لما سلم له المغصوب لزمه ضمانه وليس هذا كالمبيع في يد البائع اذا اعتقه المشتري
وهو معسر انه ليس للبائع ان يستسعيه لان الثمن لم يكن متعلقا برقبته وان حبس به وانما
سقط بهلاكه لان البيع ينفسخ لا لتعلقه برقبته فاذا سلمت الرقبة للعبد وليس هناك دين
متعلق بها لم يضمن ثم قال القدوري وقد ذكر في المنتقى ان قول ابي يوسف الاخر ان العبد
المبيع يسعى اذا كان المشتري معسرا او انما ضمن الاقل لان الدين اذا كان اقل من قيمته فلا
حق للمرتهن الا فيه وان كانت القيمة الاقل لم يسلم للعبد اكثر من ذلك فلم يضمن ما لم يسلم له
واما قوله ان العبد قد خرج من الرهن فلانه صار حرا والحر لا يصح فيه الرهن ابتداء فكذا
لا يصح فيه بقاء وللشافعي ثلاثة اقوال في قول ينفذ اعتاق الراهن موسرا كان او معسرا
وفي قول لا ينفذ موسرا كان او معسرا وفي قول ان كان موسرا ينفذ ويضمن قيمته وان كان معسرا
لا ينفذ احتج في المسألة بان هذا التصرف تضمن ابطال حق الغير فوجب ان لا ينفذ قياسا على البيع
وهذا لان حق المرتهن ثابت في المرهون فيبطل ذلك بالاعتاق فلا ينفذ كالبيع بل اولى لان البيع
ابطال الى خلف وهذا ابطال لا الى خلف ولهذا لو اعتق المريض مرض الموت لا ينفذ لما فيه
من ابطال حق الغير وهو الغريم او الوارث وقلنا ان هذا اعتاق صدر من اهله مضافا الى محل
قابل للاعتاق وله ولاية الاعتاق فوجب ان ينفذ قياسا على اعتاق العبد المستاجر والعبد
المديون والعبد المشترى قبل القبض والعبد المشترك مع ان حق المستاجر وحق الغريم وحق
البائع في الحبس وحق الشريك يبطل واهل الاعتاق هو الحر العاقل البالغ المالك ومحله الرقيق
المملوك وقد وجد ذلك فينفذ والملك علة الولاية وقد وجدت ولم يزل ملكه بالرهن
ولهذا يطالبه المرتهن بالبيع فاذا زال ملكه لم يطالبه به بعده ولهذا لو اعتق باذن
المرتهن نفذ عتقه وليس للمرتهن ولاية الاعتاق بالاتفاق فان قلت لا نم ان الملك
ثابت له من كل وجه بل هو كالزائل ولهذا لو قتل الراهن المرهون يضمن ولو قطع يده يضمن الارش

على المرتهن

قلنا لا نسلم وكيف يضمن والمرهون ملكه الا انه بالاتلاف فوت ملك العبد والحبس فوجب عليه اداء
شي مقامه ولا يمكن ذلك الا بايجاب القيمة فاوجبنا عليه القيمة لتثبت يد المرتهن عليه كما كان على عين
الرهن واما العتق ففيه روايتان فعلى رواية الزيادات لا يجب عليه العتق فيمنع واما المريض المديون
اذا اعتق فعند ابي يوسف ومحمد ينفذ فيمنع وعند ابي حنيفة انما لا ينفذ لخارج علة الولاية
لان ملكه قدر الدين وجه لان المحل صار حقا للغرماء وملكه لهم من وجه على ما عرف في تلك
المسئلة اما هنا فبخلافه وباقي البحث يعرف في نسخ طريقة الخلاف وقياسه على البيع لا يصح الا
ان بيع الآبق لا يجوز واعتاقه جائز قوله في بعض اقوال الشافعي انما قال كذلك لان له اقوالا
ثلاثة مر ذكرها قوله سعى برفعها بالنصب اي تبلغ الاجل او في مدة الحاجة قوله واعتاق الوارث
العبد الموصى برقبته لا يلغو بل يؤخر الى اداء السعاية عند ابي حنيفة هذا جواب سؤال مقدر بان
يقال اذا اعتق الوارث العبد الموصى برقبته يلغو مع انه ملكه لتعلق حق الغير به فكذا اعتاق الراهن
ينبغي ان يلغو لتعلق حق الغير به فقال لا نم انه يلغو بل يؤخر ذلك الى اداء السعاية ثم ينفذ عند ابي حنيفة
قوله ثم بعد ذلك اي بعد نفاذ الاعتاق حتى يحل الدين بضم الحا وكسرها جميعا قال في شرح الطحاوي
فلما صح العتق عندنا وصار حرا خرج من الرهن ثم ينظر ان كان الراهن موسرا فلا سعاية
على العبد والضمان على الراهن وان كان الدين حالا يجبر الراهن على قضاء الدين وان الدين مؤجلا الى
الاجل فكذلك وان لم يحل الاجل يأخذ المرتهن من الراهن قيمة العبد فيحبسها رهنا مكان العبد
فاذا حل الاجل ينظر ان كانت القيمة من جنس الدين استوفى دينه ورد الفضل على الراهن ان كانت في
قيمتها فضل عن الدين وان كانت القيمة اقل من الدين رجع بالفضل وان كانت القيمة خلاف جنس
الدين حبسها بالدين كما يحبسها قبل محل الاجل وان كان الراهن معسرا فللمرتهن ان يستسعي العبد في
الاقل من ثلاثة اشيا ان كان دينه حالا او الى اجل وينظر الى قيمة العبد وقت الرهن والى قيمته وقت
العتاق والى الدين الذي رهن به فيستسعي العبد في الاقل من هذه الاشيا الثلاثة ثم يرجع
على الراهن اذا ايسر لانه قضى دينه مضطرا كالوارث اذا قضى دين الميت لا يكون متبرعا
ويرجع في التركة كذلك هنا ويرجع المرتهن ايضا ببقية دينه ان بقي له من دينه الا اذا كان خلاف
جنس حقه يعني اذا كان ما حصل من سعاية العبد خلاف جنس حق المرتهن لا يقضى به الدين بل
يصار الى الحبس حقه ويقضى به دينه وثانيا وبه اذا كانت القيمة اقل من الدين اي ثانيا دليل قول
القدوري وان كان معسرا سعى العبد في قيمته اذا كانت القيمة اقل من الدين لانه اذا كان
الدين اقل من القيمة سعى في الدين لذكره اشارة الى ما ذكر بعد صفحتين في مسئلة سبيلا للامة

المرهونة بقوله بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة قوله بخلاف المستسعى
في الاعتاق يعني ان المرهون المعتق اذا استسعي يرجع بما سعى على مولاه والعبد المشترك
بين اثنين اذا اعتق احدهما نصيبه فاستسعاه الساكت لا يرجع بما سعى على المعتق والفرق ان
العبد المرهون يسعى في رقبته تخلصت ويقضي دينا على الراهن فلهذا يرجع عليه والمستسعى يسعى
في تخليص رقبته من الرق وهو منفعته خالصة له فلهذا لا يرجع وقال في شرح الكافي يرجع بما سعى
على مولاه اذا ايسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه لان الاصل في الضمان هو تكفل عنه عند
الضرورة ومن قضى دين غيره وهو مضطر فيه يرجع عليه وهذا بخلاف العبد المستسعى في الاعتاق
اذا اعتق احد الشريكين اياه وهو معسر فسعى العبد للشريك فانه لا يرجع على المعتق لانه ثمة لا يؤدي
الضمان عن غيره بل عن نفسه لانه اصل في الضمان لان الشرع انما الزمه الضمان عند ابي حنيفة ليعتق
وعندهما تكميلا للعتق نظرا للعبد ولما كان اصلا في الضمان كان انه لا يرجع على غيره اما ههنا بخلافه
قوله عنده اي عند ابي حنيفة قوله وضمان كعير الرهن يعني ان الراهن بالاستعارة اذا اعتق عند
كذلك الرهن فانه يتملكه المعير رجع بذلك على الراهن المستعير لانه قضى دينه مضطرا قوله ثم ابو حنيفة
اوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالتي اليسار والاعسار وفي العبد المرهون شرط الاعسار
وذلك لان الثابت للمرتهن في الرهن حق الملك لا حقيقة الملك وذلك يعرف بعد الاستيفاء والمراد
منه اختصاص المرتهن بالرهن حبسا الى ان يقضي الراهن دينه وحق الملك ادنى حالا من حقيقة الملك
الذي هو ثابت للشريك الساكت فلما كان كذلك اوجب ابو حنيفة السعاية هنا اي في اعتاق الراهن
في حال واحدة وهي حالة الاعسار اظهارا للنقصان مرتبة حق المرتهن عن مرتبة الشريك الساكت
فان للساكت حقيقة الملك في العبد فلذلك اوجب السعاية في الحالين قال الشيخ ابو المعين النسفي
في شرح الجامع الكبير ثم ان محمدا لم يوجب السعاية الا في حال اعسار الراهن ان الدين واجب
على الراهن والعبد جعل محلا لاستيفاء الدين منه ولكن لا يشتغل بالاستيفاء منه الا بعد
تعذر الاستيفاء من الراهن هذا هو موضوع الرهن وهذا الضمان الحاصل يسلك به
مسلك قضاء الدين ولهذا يرجع العبد بما ادى من سعايته على الراهن لانه صار قاضيا
دينه فما دام الراهن موسرا طلب منه الضمان وعند الاعسار يتعذر الاستيفاء منه
فيستوفي من مالية الرهن كما يفعل كذلك لو لم يعتقه فانه يؤمر بقضاء الدين ولو
تعذر ذلك عليه استوفي من الرهن فكذا ههنا وهذا بخلاف ما اذا اعتق انسان

عند المشتري كما بينه وبين غيره حيث يكون للساكت حق استسعاء العبد عند اعسار المعتق
واليسار جميعا عند ابي حنيفة والفرق ان هناك لا دين على المعتق وانما حق الساكت في
نصيبه من العبد وقد تعسر ذلك عند العبد فيستخرجه منه بالسعاية فاما فيما
نحن فيه فاصل الدين على الراهن فلا يستوفى من الرهن الا عند التعذر على ما بينا وهذا
بخلاف ما اذا اعتق المشتري العبد المشترى قبل القبض والمشتري مفلس لا يكون للبائع
ولاية استسعاء العبد بقدر الثمن وان كان هو محبوسا عنده قبل التسليم بالثمن
كما لزمه المرهون محبوس عند المرتهن بالدين والفرق ان هناك الثمن واجب على المشتري
ولم يوجب انفاذه من التسليم من وجه ولم يبق ما لبثه ملكا للبائع بوجه ما بل زال
عن ملكه بمجرد العقد وانما للبائع مجرد حق الحبس فاذا فات بخروجه عن كونه محلا
للحبس بالعتق بطل اصلا وبقي حقه في مطالبة المشتري بالثمن فحسب فاما فيما نحن
فيه فالمرهون جعل مملوكا للمرتهن من وجه على ما بينا من ثبوت استيفاء الدين
بقبضه من وجه وثبوت ولاية استيفائه منه عند تعذر الاستيفاء من الراهن على
ما بينا قوله الا رواية عن ابي يوسف وهي ما ذكرنا قبل هذا عن المنتقى ان على قول ابي
يوسف لا حق يسعى العبد المبيع اذا كان المشتري معسرا وقال الناطفي في الاجناس
وقال ابو يوسف في نوادر هشام يسعى العبد في قيمته للبائع ثم يرجع بها على
المولى قوله والمرتهن ينقلب حقه ملكا كما اذا هلك الرهن عند المرتهن يهلك بالدين
مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين فيكون المرتهن مالكا لذلك لاقل من مالية
الرهن فاما حق البائع فلا يصير ملكا له مع عجز المشتري اصلا قوله فلو اوجبنا
السعاية فيهما اي في المبيع المعتق قبل القبض وفي المرهون المعتق لسوينا بين
الحقين اي بين حق البائع وهو ضعيف وبين حق المرتهن وهو قوي والتسوية
مع وجود الفارق لا يجوز قوله ولو اقر المولى برهن عبده بان قال له رهنتك عند
فلان وكذبه العبد ثم اعتقه تجب السعاية عندنا خلافا لزفر ذكره تفريعا
على مسألة المختصر قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وهذا الذي ذكره من
السعاية لا خلاف فيه اذا كان الرهن معلوما فاما اذا قال المولى لعبده قد رهنتك
عند فلان فكذبه العبد ثم اعتقه المولى وهو معسر لزم العبد السعاية عندنا

وقال زفر لا سعاية عليه لنا ان المولى اقر بتعلق الدين برقبته في حال يملك الرقبة
ويملك تعليق الدين بها فالاقرار فلا يلتفت الى تكذيب العبد وصار هذا كالرهن المعلوم
وليس هذا كما لو اعتقه ثم اقر انه كان رهنه لانه اقر عليه في حال لا يملك رقبته ولا يملك
تعليق الدين بها فلم ينفذ وجه قول زفر ان المولى لا يملك ايجاب الضمان على العبد بقوله
بعد الحرية كما لو اقر بالرهن بعد العتق قوله ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق
ذكره تفريعا على مسألة المختصر قال الكرخي في مختصره ولو لم يكن الراهن اعتق العبد ولكن
دبره فقد خرج العبد من الرهن وصار مدبرا وللمرتهن ان يأخذ بدينه كله ايهما شاء ان
شاء العبد وان شاء الراهن موسرا كان او معسرا وله ان يأخذ العبد بدينه كله بالغا ما بلغ
ولا يشبه المدبر في هذا المعتق لان المدبر حاله السعاية فما سعى فيه من شيء فهو مال لمولاه
فلذلك كان عليه ان يسعى في المدبر بالغا ما بلغ وان كان الراهن موسرا الى هنا لفظ الكرخي
رح قال القدوري في شرحه وانما جاز تدبيره لانه لا يلحقه الفسخ كالعتق وانما بطل
الرهن لان المدبر لا يجوز رهنه ابتداء فلم يجز بقاء الرهن فيه واما الضمان فلما تعذر
ابطال تدبيره صار متلفا له واما السعاية في المدبر فهي مخالفة للسعاية
في المعتق من ثلاثة اوجه احدها ان المدبر يسعى مع يسار المولى لكون اكتسابه على ملك
المولى فجاز لصاحب الدين ان يستوفي منها كما جاز ان يستوفي من سائر اموال الراهن والثاني
انه يسعى في الدين بالغا ما بلغ لان اكتسابه ملك لمولاه ودين الانسان اذا قضي من
ماله لم يقتصر على بعضه دون بعض وليس كذلك المعتق لان كسبه لنفسه وانما
لزمه ان يسعى في قدر ما سلم له والثالث ان المدبر لا يرجع على مولاه والمعتق
يرجع لان كسب المدبر للمولى فقد قضى دينه من ماله فلا يرجع عليه وهو كسب
المعتق لنفسه فلذلك رجع بما قضى من دينه ثم قال وقد قالوا ان الرهن اذا دبره
الراهن وكان امة له فاستولدها سعت في جميع الدين ان كان حالا وان كان مؤجلا
لم تسع الا في مقدار قيمتها لان المؤجل لا يجب قضاؤه وانما يجب رد عوض الرهن ليكون
وثيقة في يد المرتهن وهذا المعنى موجود في قدر القيمة فاما اذا كان حالا فقضاؤه
واجب فلم يختص القضاء من مال الراهن ببعض دينه دون بعض قوله وكذا اعتاقه اي عند
الشافعي لان التدبير ما لم يكن مانعا للبيع لم يكن مبطلا لحق المرتهن وقوله اما عندنا

فظاهر وهو ان التدبير يوجب حق العتق له واذا كان لا يمتنع حقيقة العتق لحق
المرتهن فحق العتق له اولى قوله واذا صحا اي التدبير والاستيلاد خرجا
اي المدبر وام الولد قوله وقيل الدين اذا كان حالا يسعى المدبر في قيمته قال
لا يصح وقد قيل اذا كان الدين مؤجلا لم يسع الا في مقدار قيمته لان الدين المؤجل
لا يجب قضاؤه وانما يجب رد عوض الرهن الى يد المرتهن فيتقدر وجوب العوض بقدر
ما فوت من المعوض فاما اذا كان الدين حالا فالقضاء واجب من مال الراهن وكسب
ملكه فيستوفي الكل قوله ولو اعتق الراهن المدبر وقد قضي عليه بالسعاية
او لم يقض لم يسع الا بقدر القيمة ذكره تفريعا ايضا قال الكرخي في مختصره فان دبره
المولى فقضى القاضي بان يسعى في الدين كاملا والدين اكثر من قيمة رقبته او لم
يقض عليه حتى اعتق المولى العبد بعد التدبير فكانما اعتقه قبل ان يدبره ولا
يلزمه من الدين الا مقدار قيمته وما بقي من الدين فهو على مولاه وهذا
وعتق المولى اياه قبل التدبير سواء الا في خصلة واحدة انما يسعى فيه العبد اذا دبره
قبل العتق فاداه الى المرتهن لم يرجع به على المولى الراهن لانه دين كان لزمه في حال
الرق فصار بمنزلة عبد ضمن عن مولاه دينا في حال رقه ثم اعتقه المولى فلما
بالمال فاداه لم يرجع على المولى ان كان كفل عنه بامره او بغير امره الى هنا لفظ الكرخي
رح وذلك لانه لما اعتقه زال الملك عن رقبته واكتسابه فلم يجز ان يستوفي منه
الا مقدار ما سلم له فكانه اعتقه ابتداء الا انه بقي رق العتق المبتدا من
وجه وهو ان ما سعى فيه قبل العتق لا يرجع به على المولى لانه اداه من كسب
هو ملكه وقال الكرخي في مختصره ولو كان الرهن امة فحبلت فاقر الراهن انه
منه وهي حامل كان هذا والتدبير سواء في جميع ما وصفت لك فان ولدت بعد ذلك
ولدا والراهن موسر او معسر لم يكن من السعاية على الولد شيء قليل او كثير لانه صار
حرا في بطن امه قبل ان يصير رهنا وقبل ان يكون له حصة من الدين ولو لم يكن الراهن
ادعى الولد حتى ولدته امه ثم ادعاه بعد ولادتها فهو ابنه وهي ام ولده وقد بطل
الرهن فيهما جميعا فان كان الراهن موسرا اخذ منه الدين ولم يكن على الولد سعاية
وان شاء استسعى الام وان كان الراهن معسرا قسم الدين على قيمة الام والولد

كالمال ثم الولد يسعى في الاقل منه ومن قيمته وسعت الام فيما بقي بالغا ما بلغ
فان لم يسع الولد في شيء حتى مات فكانه لم يكن وللمرتهن ان يستسعي الام في جميع
الدين لان الولد لم يكن لانه زيادة كانت في الرهن فلما مات ولد ام الولد فليس
للمرتهن ان يستسعي الام فيما وجب له على الولد من السعاية وما حكيته لك
مهور وانه عن محمد في الاملاء الى هنا لفظ الكرخي رح وذلك لان الاستيلاد معنى
لا يحتمل الفسخ فينفذ في الرهن كالعتق ويلزمهما السعاية في حال اليسار
والاعسار لان الكسب ملك المولى وانما لم يكن على الولد من السعاية شيء لانه
لما ثبت نسبه قبل الوضع لم يدخل في الرهن فلم يلزمه السعاية والتفسير هذا
كما لو ادعاه بعدما ولدت لان الولد دخل في الرهن بانفصاله فلما ادعاه عتق
بالدعوى فصار كانه اوقع العتق عليه فلا يلزمه سعاية حصته ليسار المعتق
وان كان معسرا لزمه ان يسعى في الاقل من قيمته ومن حصته من الدين
لان ذلك القدر هو المتعلق برقبته فان لم يسع الولد حتى مات فكانه لم يكن لان
الولد تبع في الرهن فاذا هلك عاد ما فيه الى الام فكانه لم يكن قوله وكذلك
لو استهلك الراهن الرهن هذا لفظ القدوري وترتيب لفظه
مر قبل هذا وهو عطف على قوله فان كان الدين حالا طولب باداء الدين
وان كان مؤجلا اخذ منه قيمة العبد فيكون رهنا مكانه حتى يحل الدين
وذلك لانه ابطل حق المرتهن من الوثيقة ولا يمكن استدراك حصته الا
بالتضمين فلزمه قيمته وكانت رهنا مكانه قوله فان استهلكه
اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فياخذ القيمة ويكون رهنا في يده
وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لانه ازال المرتهن عن العين فالقيمة
قائمة مقام العين ولو كانت باقية كان المرتهن هو الخصم في ردها الى يده كذا
هو الخصم في اعادة ما قام مقام العين الى يده كذا في شرح الاقطع ولان الرهن
حق مستقر في الوثيقة يد لانه لا يسري الى الولد ويستحقه الوارث فصار
كحق المالك قوله والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك اي
الواجب من الضمان على المستهلك الاجنبي قيمة الرهن يوم الاستهلاك

لا قيمته يوم قبض الرهن واحترز بهذا عن استهلاك المرتهن حيث
يجب عليه قيمته يوم قبضه وكذلك اذا هلك بدون الاستهلاك تعتبر
قيمته يوم القبض لا يوم الهلاك وتفسيره ما قال الكرخي في مختصره رجل
رهن رجلا عبدا قيمته الفا بالف فنقصت قيمته حتى صارت تساوي
خمسماية ثم قتله قاتل وغصبه غاصب في يده فعليه قيمته يوم قتله ويوم
غصبه ليس عليه الا ضمان القتل وضمان الغصب ولا ينظر الى قيمته قبل
ذلك فاما المرتهن فهو ضامن لجميع قيمته فاذا جنى عليه المرتهن وقد صارت
قيمته خمسماية فغرم خمسماية والعجز في القيمة مضمون على المرتهن بالدين
بقبض الرهن دون الاستهلاك وباقي الحد مضمون بالوجهين جميعا الى
هنا لفظ الكرخي قال القدوري وهذا على ما قلنا ان ضمان الرهن يتعلق
بقبضه فاذا نقص صار مستوفيا لقدر قيمته يوم القبض فاما ضمان
الاستهلاك فهو جنس اخر من الضمان يعتبر فيه القيمة يوم الاستهلاك
ولا يعتبر ما قبل ذلك فاذا كان المرتهن هو المستهلك فنقصان القيمة
مضمون عليه بالرهن خاصة لان الاستهلاك لم يحصل فيه وبقية القيمة
مضمونة عليه بسببين قبض الرهن والاستهلاك الا ترى ان المستهلك
لو كان غيره فثبوت القيمة عليه يسقط دينه قوله فصار الحكم في الحكم
الزيادة كانها هلكت بافة اي في الزيادة على ما غرمه المستهلك حتى
لا يضمن المستهلك تلك الزيادة لانه لم يستهلكها ولو يكون تلك الزيادة حين
نقصت مضمونة على المرتهن لان ضمان الرهن يعتبر فيه القيمة يوم
القبض وحين كانت قيمة الرهن الفا فيضمن الزيادة على ما غرمه الجاني
قوله ولو استهلكه المرتهن والدين موجل غرم القيمة ذكره تفريعا على
مسئلة المختصر قال الكرخي في مختصره فان استهلك المرتهن الرهن والدين
الى اجل غرم قيمة الرهن فكانت في يده رهنا الى ان يحل الدين فان حل الدين وهو
من جنس الدين وهو له في الصفة قبض المرتهن حقه منها فان بقي شي من
القيمة كان للراهن قال القدوري وذلك لان المرتهن اتلف هلك غيره ولو

اتلف

٣٠

اتلف هلكا تاما وجب عليه بدله لان الرهن ان اعتبر بالامانات فان الاتلاف
يتعلق به الضمان كالوديعة وان اعتبر بالمضمونات فان الاتلافه يوكد
الضمان كالغصب وانما كانت القيمة التي توخذ منه رهنا لانها بدل
عن الرهن كالقيمة الماخوذة من الاجنبي والجنس في الدين الموجل لان
الاجل حق الراهن فلا يجوز اسقاطه الا برضاه واما اذا حل الدين وهو
على صفة القيمة استوفى المرتهن حقه منها لانه وجد جنس حقه والحاجة
لا يقف على الرضا وانما رد الفضل على الراهن لانه استوفى حقه فصار
كما استوفى دينه والرهن في يده فانه يجب عليه رده قوله لان الضمان
بدل العين فاخذ حكمه اي اخذ بدل العين حكم العين وانث الضمير الراجع
الى العين على تاويل الرهن قوله وهو على صفة القيمة اعني الجنسية
والجودة قوله وان نقصت والدين يرجع السعر الى خمسماية وقد
كانت قيمته يوم الرهن الفا وجب بالاستهلاك خمسماية وسقط
عن الدين خمسماية اي ان نقصت قيمة الرهن التي يوم القبض كانت الفا
عن الدين الذي هو الف حتى صارت القيمة خمسماية قبل استهلاك هو
المرتهن ببيانه فيما قال الكرخي في مختصره وان عجزت القيمة عن الدين
نظرت فان كان قيمة الرهن لا ومثل الدين يوم قبضه المرتهن بطل
باقي الدين عن الراهن لان النقصان ذهب في يد المرتهن وان كانت قيمة
الرهن يوم قبضه مثل ما غرم عنه رجع بباقي دينه على الراهن فان كان
الدين حالا في حال استهلاك المرتهن الرهن وحكم الحاكم عليه دينه
كان هذا الدين قصاصا فان فضل له دين رجع به اذا كان ما لزمه
من الغرم مثل قيمة الرهن يوم رهن فان كانت القيمة التي لزمته هو
بالاستهلاك اقل من قيمته يوم رهن فهو ضامن لقيمته يوم رهن
قدر قيمته يوم استهلكه بالاستهلاك بالرهن والباقي بضمان الرهن
لان المستهلك في الرهن انما يضمن قيمته بالاستهلاك يوم استهلكه
ويضمن المرتهن بالرهن يوم قبضه ضمانا اخر الى هنا لفظ الكرخي وذلك لان

الرهن مضمون بالقبض فاذا تلف في يد المرتهن اعتبرت قيمته يوم القبض
قال القدوري في شرحه ولا يقال ان نقصان السعر في الرهن ليس بمضمون
لانه لا يسقط مع بقاء عين الرهن فاما اذا تلفت العين فالضمان متعلق بقبضها
كانه استوفى مقدار قيمتها يوم القبض واما من يجب عليه بالاتلاف فالقيمة يوم
التلف لان الضمان المتعلق بالاتلاف من غير جنس الضمان المتعلق بعقد الرهن
فلا تعتبر القيمة فيه يوم الاتلاف ووجب فضل القيمة بالقبض السابق بحكم ضمان
الرهن قال فان كانت قيمة الرهن يوم قبضه مثل ما غرم منه رجع ببقية دينه
على الراهن وذلك لانه استوفى بقبض الرهن ما زاد على مقداره في ضمان الراهن قال
فان كان الدين حالا في الحال استهلك المرتهن الرهن وحكم الحاكم عليه بمثل
دينه كان مقدار الدين قصاصا وان فضل له دين رجع به اذا كان تماما لزمه من الغرم
مثل قيمة الرهن قال القدوري وهذا على اصلنا ان الكلام يتبين من جنس واحد التقيا
في الذمة والمقاصة بينهما لا يتوقف الى قضاء بعقد احدهما قصاصا بالاخر وان
لم يتقاصا لانه لا فائدة باخذ الدين منه ورده اليه في الحال قوله وهو مضمون
بالقبض السابق لا بتراجع السعر الذي انتقص من الرهن من قيمته يوم القبض
مضمون على المرتهن بقبض الرهن الذي يستوفي لا باستهلاك وليس بمضمون بتراجع
السعر فلذلك يسقط الدين بقدر النقصان وهذا جواب سؤال بان يقال لو سقط
الدين بقدر الناقص كان الرهن مضمونا على المرتهن بتراجع السعر وليس لتراجع السعر
اثر في اسقاط شيء من الدين كما اذا رده الى الراهن بعد انتقاص قيمته بتراجع السعر
فاجاب عنه وقال انه مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر وتحقيق الجواب
ما قال القدوري وقد مر آنفا قوله قال واذا اعار المرتهن الرهن للراهن
ليخدمه او ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان المرتهن اي قال القدوري في مختصره
وتمامه فيه وان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء وللمرتهن ان يسترجعه الى يده فاذا
اخذه عاد الضمان الى هنا لفظ المختصر الا ان قوله ليخدمه او ليعمل له عملا ليس في عامة
نسخ المختصر واطلاق الاعارة تسامح لان الاعارة تمليك المنافع بغير عوض والمرتهن
لا يملكها فكيف يملكها ولكن لما كانت كالاعارة في عدم الضمان والاسترجاع الى يد المرتهن

كاسترجاع

كاسترجاع العارية الى يد المعير اطلق اسم الاعارة وانما خرج من ضمان المرتهن بقبض
الراهن لان الضمان كان متعلقا بالقبض وقد زال قبض المرتهن فزال
الضمان المتعلق به كالغاصب اذا رد العين المغصوبة الى مالكها ولان يد
العارية ويد الرهن متنافيان لان يد الرهن مضمونة ويد العارية ليست
بمضمونة فلما صحت الاعارة انتفى حكم الرهن وهو كونه مضمونا قال فان
هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لزوال القبض المضمون ولانه تلف في يد مالكه
فلا يجب ضمانه على غيره قال وللمرتهن ان يسترجعه الى يده وذلك لان عقد
الرهن ما بطل بالاعارة بل هو باق الا في حكم الضمان لان المرتهن صار بعقد الرهن
اخص بالرهن من الراهن وصار بمنزلة المالك له ولهذا لو مات الراهن قبل رد الرهن
كان المرتهن احق به من سائر الغرماء فاذا كان المرتهن اخص به والعارية عقد
تبرع لا يتعلق به الاستحقاق كان للمرتهن ابطاله كما كان للمالك ابطال العارية
وانما لم يبطل الرهن بزوال قبض المرتهن لان استحقاقه يتعلق بالقبض الاول والعود جه
من يده بعد ذلك لا يوجب بطلان حقه كما لو غصبه من يده غاصب ولا يلزم في عدم
الضمان بقبض الراهن عدم بقاء الرهن لان الضمان ليس من لوازم الرهن الا
ترى ان الرهن قد يوجد ولا ضمان كما في ولد المرهونة فكان حكم الرهن ثابت
فيه فاذا هلك لم يكن مضمونا واذا ثبت ان زوال يد المرتهن لا يبطل حقه من الرهن
كان له الرجوع فاذا رجع واخذه عاد الضمان لان القبض لما عاد عاد بصفته وهي الضمان
قوله لما قلنا اشارة الى قوله لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن قوله
لان لكل واحد منهما حقا محترما فيه اي في الرهن حق للراهن في الرقبة وللمرتهن
في اليد قوله وهو اطلاق الاجارة والبيع والهبة من اجنبي اذا باشرها
احدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدأ وذلك لان
هذه العقود تعلق بها حق لازم للغير بخلاف الاعارة فانه لم يتعلق بها حق لازم
فلذا استرجعه المرتهن الى يده عاد الضمان فلم يقع حاجة الى العقد المبتدأ قال
الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولو اجره المرتهن باذن الراهن او الراهن باذن
المرتهن او اجره احدهما بغير اذن صاحبه ثم اجاز صاحبه اجازة الاجارة وبطل الرهن

ويكون الاجرة للراهن وولاية قبضها الى العاقد ولا يعود رهنا اذا انقضت
مدة الاجارة الا بالاستيناف وكذلك لو استاجره المرتهن صحت الاجارة وبطل
الرهن اذا جدد القبض للاجارة ولو هلك في يده قبل انقضاء مدة الاجارة او بعد
انقضائها ولم يحبسه عن الراهن هلك امانة ولا يذهب بهلاكه شيء من الدين ولو
حبسه من الراهن بعد انقضاء مدة الاجارة صار غاصبا وليس للمرتهن ان يعيد
الرهن فان اعاره بغير اذن الراهن وسلم الى المستعير كان للراهن ان يبطلها
فان هلك في يد المستعير فالراهن بالخيار ان شاء ضمن ايهما شاء ولا يرجع احدهما
على صاحبه ويكون الضمان رهنا فان سلم واسترده من المستعير
عاد رهنا كما كان ولو اعاره المرتهن باذن الراهن واعاره الراهن باذن المرتهن
بطل ضمان الرهن ولا يبطل الرهن حتى لو انه هلك في يد المستعير هلك امانة
ولا يسقط من الدين شيء ولو هلك في يد المرتهن بعد الاسترداد هلك بالدين
ولهما ان يعيداه رهنا بخلاف الاجارة وكذلك لو نقص في استعماله من غير تعد
لم يذهب من الدين شيء وكذلك لو استعاره المرتهن من الراهن واستعمله باذنه
بطل ضمان الراهن حتى انه لو هلك في يده باستعماله هلك امانة ولو هلك
قبل استعماله او بعد الفراغ من الاستعمال هلك بالدين وكذلك لو استعمله
الراهن باذن المرتهن بطل ضمان الرهن ولا يبطل عقد الرهن وللمرتهن ان يعيده
رهنا ولا يبطل حقه من الحبس باستعمال الراهن باذنه كذا في شرح الطحاوي وقوله
لو مات الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة للغرماء يعني فيما اذا
باشر احدهما الاجارة او البيع او الهبة من الراهن قبل وصول عين الرهن
الى يد المرتهن كان المرتهن اسوة لسائر الغرماء لان هذه العقود لازمة فيبطل
بها عقد الرهن فكان المرتهن وسائر الغرماء اسوة بخلاف ما اذا اعاره احدهما
باذن الآخر فمات الراهن قبل الرد الى المرتهن حيث كان المرتهن احق به من سائر
الغرماء لان الاعارة ليست بعقد لازم فلم يبطل بها الرهن واذا بطل الرهن بالعقود
المذكورة ثم انفسخت تعود الرهن لان العقد ... لانه انفسخ بطريق ...
لا استحقاق قوله واذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل

ان ياخذ في العمل هلك في ضمان الرهن ذكره تفريعا على مسئلة المختصر قال
الكرخي في مختصره وان استعار المرتهن الرهن ليعمل له عملا فمات قبل ان يعمل
في العمل مات على ضمان الرهن وكذلك ان مات بعد الفراغ من العمل وان مات
في العمل مات بغير ضمان الى هنا لفظ الكرخي رح وذلك لان يد المستعير مخالفة
ليد المرتهن لان العارية لا يتعلق بقبضها ضمان والرهن يتعلق بقبضه
الضمان فاذا اذن الراهن للمرتهن ان يستعمل الرهن فما لم يستعمله
فيد الرهن باقية عليه فاذا هلك هلك على الضمان وكذلك اذا استعمله
ثم فرغ من العمل ثم هلك فقد زالت يد العارية فعادت يد الضمان واذا
هلك في حالة العمل فقد هلك بعد زوال قبض الرهن وحدوث قبض آخر
غير مضمون واذا هلك في هذه الحالة هلك على الامانة وذكر فخر الدين قاضي
خان ايضا لو اختلفا في وقت الهلاك فادعى المرتهن انه هلك في حالة العمل
وادعى الراهن انه هلك في غير حالة العمل كان القول قول المرتهن والبينة
بينة الراهن قوله ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فله ان يرهنه به
من قليل او كثير فهو جائز وهذه المسائل من هنا الى قوله وجناية الراهن
على الرهن مضمونة من مسائل الاصل ذكرها بسبيل التفريع قال الشيخ
ابو الحسن الكرخي واذا استعار الرجل من الرجل شيئا ليرهنه ثوبا او عبدا او
غير ذلك من العروض فاعاره فلان يرهنه باي شيء من الدين شاء وبما شاء
منه قليلا كان ذلك او كثيرا اذا لم يكن سمى له ما يرهنه به واذا سمى له قدرا
من الدين فليس له ان يرهنه باقل من ذلك ولا اكثر وكذلك ان سمى صنفا
فليس له ان يرهنه بصنف غيره فان رهنه بغير ما سمى من القدر او من صنوف
الدين فهو ضامن لقيمة الثوب ان هلك في يد المرتهن الى هنا لفظ الكرخي في مختصره
قال القدوري والاصل في جواز الاستعارة للرهن ان المالك رضي بتعلق دين
المستعير بماله وهو يملك ذلك كما يملك ان يعلقه بذمته بالكفالة وكما لو
امر عبده بان يتكفل عنه جاز وفي ذلك تعليق الدين برقبة العبد الذي هو
على ملكه وكذلك اذا اذن له في رهنه فقد علق الدين برقبته ولان الرهن

للاستيفا والمالك يملك ان ياذن للمستعير في ايفاء دينه من ماله واذا
ثبت جواز الرهن قلنا ان اطلق الاذن فللمستعير ان يرهنه بالقليل
والكثير وباي جنس شاء لان الاذن في رهنه عام في كل قدر وفي كل جنس
ومن حكم اللفظ العام ان يحمل على العموم الا ان يمنع منه مانع قوله
وهو قضاء الدين الى ان يتبرع بملك العين واليد فقضاء الدين فانه لو اذن لاخر
ان يقضي دينه من ماله جاز فكذا اذا تبرع بملك اليد وحده وهو اعارة
الرهن ولا يلزم وجود احدهما وجود الاخر ولا من عدمه عدم الاخر الا ترى ان
المجنون لها والصبي لا ملك لهما العين وليس لهما ملك اليد فلما انفصل
احد الملكين عن الاخر ثبوتا جاز رهنا ايضا بان يثبت للمرتهن ملك اليد
لا العين وهذا لما ينفصلان زوالا اعني انه لا يلزم من عدم احدهما عدم
الاخر الا ترى انه لو باع بشرط الخيار للبايع وسلم المبيع الى المشتري تزول
ملك اليد لا ملك العين فلما جاز استعارة الرهن لما قلنا جاز له ان
يرهنه بما بدا له من قليل او كثير بقضية اطلاق اللفظ لان الاطلاق واجب
الاعتبار خصوصا في الاعارة فانها لا تفضي فيها الجهالة الى المنازعة فصار
كما اذا اعار ثوبا ليلبسه فله ان يلبسه فيما بدا له قوله ولو عين قدرا
لا يجوز للمستعير ان يرهنه باكثر منه ولا باقل منه اي لو عين معير الرهن
قدرا معلوما ليس للمستعير ان يرهن المستعار بما هو اقل من ذلك القدر
ولا باكثر قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو سمى له شيئا ورهنه باقل منه او باكثر
ضمنه قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي فرق بين هذا وبين الوكيل
بالبيع اذا سمى له ثمنا للمال يبيعه باكثر من ذلك لانه اذا باع باكثر مما سمى
له كان ذلك خلافا الى خير حيث حصل مقصوده وزيادة فلا يعد خلافا فاما في
الرهن باكثر لا يكون خيرا له مطلقا لانه ان كان خيرا له بازدياد ضمان المحل لا يكون
خيرا بازدياد مونته في الفكاك فكان تصرفه دائرا بين الضرر والنفع فلا يكون خيرا
مطلقا وكذلك ان رهنه باقل منه لانه ان كان خيرا من وجه فهو شر من وجه
اخر لنقصان ضمان المحل فهو لم يرض به قال وهذا اذا كانت قيمته مثل ما سمى

او اكثر اما اذا كانت اقل فقدر رهنه بمثل قيمته او اكثر ينبغي ان لا يضمن لانه
يكون مخالفا بالنقصان ان كانت قيمته اقل وقد رضي به قوله وهو ينفي
الزيادة اي تقييد المعير بقدر معين ينفي الزيادة على ذلك القدر لان
غرضه بذلك التقييد احتباس ما يتيسر الرهن بما يتيسر للمعير اداوه عند
الاحتياج الى الفكاك وكذلك ينفي النقصان ايضا لان غرضه ان يرجع عند الهلاك
على المستعير بالكثير وهذا بالنظر الى الهلاك لا بالقليل قوله وكذلك
التقييد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد اي ينفي خلاف ذلك وهذا لانه ربما يكون
الفكاك بالجنس الذي عينه ايسر مما لم يعينه فالرضا بجنس لا يكون رضا
بجنس اخر وكذلك اذا رهن من رجل غير الذي سماه لان الناس يتفاوتون
في الامانة فالرضا بالوضع عند رجل لا يكون رضا بالوضع عند رجل اخر ولو قال
ارهنه بالكوفة فرهنه بالبصرة فهو ضامن لان الرضا بالحفظ في موضع لا يكون
رضا بالحفظ في موضع اخر لان الاماكن ربما تتفاوت في معنى الحفظ والصيانة
قوله واذا خالف كان ضامنا اي اذا خالف مستعير الرهن الى غير ما سمى المعير
من الجنس والمرتهن والبلد كان ضامنا قيمة الثوب المستعار للرهن ان
هلك في يد المرتهن لانه تصرف في ملكه على وجه لم ياذن له فيه فصار غاصبا
قال الكرخي في مختصره وللمعير ان ياخذه من يد المرتهن ويفسخ الرهن عنه
اذا كانوا علموا انه عارية من صاحبه وذلك لانه لما لم ياذن له في هذا
الرهن صار كانه رهن ملكه بغير امره فله ان ياخذه من يد المرتهن
قوله ثم ان شاء المعير ضمن المستعير يعني بعد وجوب الضمان ه
بخلاف المستعير كان المعير مخيرا في التضمين ان شاء ضمن المستعير
وهو الراهن فيتم عقد الرهن لانه ملكه بالضمان سابقا على الرهن
وان شاء ضمن المرتهن فلا ينفذ الرهن لانه لا يصح تملك متاخرا عن الرهن
ويرجع المرتهن على الراهن بدينه وهو ظاهر ويرجع بقيمة الثوب التي
ضمنها ايضا لانه غره في ذلك كما اذا اخذ العبد المرهون ثم استحقه رجل
فضمن المستحق احدهما وقد عرفنا ذلك فيما قبل هذا الباب قوله وان

وافق بان رهنه بعيد ارتا امره به ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر
فهلك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن قال الحاكم الشهيد في الكافي
واذا استعار الرجل من الرجل ثوبا ليرهنه بعشرة فرهنه بعشرة وقيمته
الثوب عشرة فاكثر وهلك عند المرتهن بطل المال عن الراهن ووجب
مثلها لرب الثوب على الراهن لانه في ضمن اقتضا المرتهن صار المعير مقرضا
مثله من الراهن ويرجع بمثله عليه وكذلك ان اصابه عيب ذهب من الدين
بحسابه ان يفيد رهنه العين ووجب مثله لرب الثوب على الراهن لما قلنا
وينبغي لك ان تعرف ان المراد من قوله وجب مثلها لرب الثوب اذا كانت
القيمة مثل الدين لان قيمة الثوب اذا كانت اكثر من الدين يهلك الزايد
على قدر الدين امانة اذا وافق المستعير وقد وافق وجب لم يخالف المعير
فيما سمى وان كانت قيمة الثوب اقل من الدين بان كان الثوب يساوي خمسة
وقد رهن بعشرة فاعسر الراهن ولم يجد ما افتكه فهلك الثوب في يد
المرتهن ذهب بخمسة وعلى الراهن خمسة للمرتهن لبقية دينه لان الرهن
يهلك بالاقل من قيمته ومن الدين وخمسة لرب الثوب على الراهن لانه صار
مقرضا اياه هذا القدر قوله ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير
ان يفتكه جبرا على الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضي دينه ان يمتنع قال
الحاكم الشهيد في الكافي ولو اراد رب الثوب ان يفتكه وقيمته مثل الدين
اعسر الراهن لم يكن للمرتهن ان يمتنع من رد ه عليه اذا قضاه دينه
لانه ليس بمتطوع في قضاء دينه بل هو محتاج الى ذلك لتخليص ملكه لانه يخلص
عينه فكان له ان يعطيه حقه ويأخذ ملكه فاذا امتنع من ذلك قضى مع
ملكه ووصول الحق اليه فلا يكون لسبيل من ذلك ويرجع المعير بما ادى على
الراهن لانه قضى دينه فهو مضطر في ذلك فلا يوصف بكونه متبرعا ولان ه
الراهن رضي بقضاء دينه من مال المعير اشتغل بعبد بقضي الى ذلك وقال
بخلاف هذا المعنى ومن قضى دين غيره بامره يرجع عليه وكان ينبغي ان يكون
لحق الاخير هنا من غير قضاء الدين لانه اعاره والعواري لا تكون لازمة الا انه

عارية من وجه واقراض من وجه فمن ضمن ابقا الدين من وجه فصار كما لو اقرضه
مطلقا ووقع قضا الدين بمعلومية لتخلو حق الغير به فكذا هذا وقال هو
الكرخي في مختصره فان عجز الراهن عن فكاكه فافتكه رب العبد رجع بما كان
الرهن يهلك به ولا يرجع باكثر من ذلك وهو متطوع فيما زاد عليه فان ابى
المرتهن ان يقبل الفكاك من رب العبد لم يكن له ذلك واجبر على ان يقبض عنه
دينه ويسلم الرهن الى هنا لفظ الكرخي رح وانما كان للمعير ان يفتك العبد لانه
لا يتوصل الى ماله الا بالفكاك فكان ماذونا فيه ولا يكون متبرعا لانه يتوصل
بقضاء دين غيره الى سلامة ملكه فصار كالوارث اذا قضى دين الميت رجع
به في التركة ولصاحب العلو اذا بنى السفل الا انه جعل له الرجوع بقدر المضمون ن
الذي كان يصير المرتهن مستوفيا له بهلاك الرهن بيانه انه اذا اعاره
عبدا قيمته مائة واذن له ان يرهنه بمائتين فافتكه المعير بمائتين
رجع بمائة لان العبد لو هلك في يد المرتهن صار مستوفيا لهذا القدر
ولم يكن للمعير ان يرجع باكثر منه فكذلك اذا قضى بنفسه لم يرجع باكثر
منه ويكون متطوعا في الزيادة التي قضاها ولا يقال انه لا يتوصل الى
خلاص عينه الا بقضاء الجميع فلا يكون متبرعا في الزيادة ان استوفى المرتهن
بالهلاك كاستيفائه بالمباشرة فلا يرجع المعير اذا وفى بالمباشرة الا بما
يرجع به اذا وفى من طريق الحكم كذا ذكره القدوري في شرحه قوله
ولو هلك الثوب العارية في يد الراهن قبل ان يرهنه او بعد ما افتكه
فلا ضمان عليه وذلك لان العارية امانة الا ان ينقلب اقراضا فحينئذ
يجب الضمان وهذا لانه انما يكون قرضا عند الهلاك في الرهن بمالية
الثوب لانه يصير قاضيا دينه من مالية الرهن فاذا قضى دينه من مال غيره
بامره صار الراهن مستقرضا وصاحب الثوب مقرضا وان كان استقراض الثوب
لا يصح لكونه من غير ذوات الامثال ولكنه انما يصير مستقرضا حكما من مالية
الثوب لانه انما يقع الاقراض حكما في ضمن قضاء المرتهن وانما يقع ذلك بماليته
لا بصورته فكذلك قرض قضاء الاعارة في الابتداء اقراضا في عاقبته وهنا

فيما يحتمل عنه لم يوجد الهلاك الا ان لو رهن جارية محصنة فلا يوجد فيه معنى
قضاء الدين فلا يجب الضمان وقوله على ما بيناه اشارة الى قوله لانه صار قاضيا
دينه قوله ولو اختلفا في ذلك فالقول للراهن يعني قال رب الثوب
هلك قبل الفكاك وقال الراهن هلك بعد الفكاك فالقول قول الراهن
قال في الشامل اختلفا في الهلاك بعد الاسترداد من المرتهن او قبله وكذا
في النقصان فالقول للمستعير والبينة للمعير لانه ينكر قضاء دينه من مال
غيره قال الحلاف انما دوره دت الرهن وانكر الراهن الرد واما واقاما البينة
فالبينة بينة الراهن لان معنى قول الراهن انه مضمون عليك والواجب
رده والمرتهن ينكر قوله في هاتين الحالتين اراد بهما ما قبل الرهن وما بعد
الفكاك قوله كما لو اختلفا في مقدار ما امره بالرهن به هكذا وقع في النسخ
والتشبيه لذلك يصح لان الغرض يختلف ولفظ التشبيه يأبى فيه وهذا الان في
الاول القول قول الراهن وهو المستعير وفي الثاني قول المعير لا المستعير والصحيح
انه يقال ولو اختلفا هكان قوله كما لو وصورته ما قال الحاكم في الكافي قال لان
الثوب عارية فقال رب الثوب امرتك ان ترهنه بخمسة وقال المستعير بعشرة
فالقول قول رب الثوب وذلك لانه لو انكر الامر اصلا كان القول قوله فكذا اذا انكر
وجها في الامر والبينة بينة المستعير لانه المثبت قوله في انكار اصل
اي اصل الجارية وان كبر او صغير الراجع اليهما بنا وقيل عقد الجارية قال الكرخي
في مختصره في باب اختلاف الراهن والمرتهن واذا ارتهن الرجل من الرجل جارية
ثم اختلفا في الرهن فقال الراهن رهنتها عندك بخمسمائة وقال المرتهن
رهنتها عندي بالف كان القول قول الراهن مع يمينه ولم يكن رهنا الا بخمسمائة
وكذلك ان كان الالف على الراهن واختلفا على ما وصفت لك الى هنا لفظ الكرخي
رح وذلك لان الراهن لم يعترف انه علق بعين الرهن الا بخمسمائة وادعى المرتهن
انه تعلق بالعين اكثر من ذلك فالقول قول المالك في قدر ما تعلق بملكه ولانه
لو قال لم ارهنه كان القول قوله فكذلك اذا قال رهنته بقدر دون قدر هو
القول قوله ثم قال الكرخي فان قال الراهن رهنتها منك بجميع الدين الذي

لك علي والدين الف وقال المرتهن ارتهنتها بخمسمائة والجارية تساوي الفا فانه
الحسن روى عن ابي حنيفة ان القول قول الراهن ويتحالفان ويترادان الى هنا
لفظ الكرخي وذلك لانهما اختلفا فيما وقع عليه العقد وهو مما يلحقه الفسخ ولا
ينفك به التبرع فصار كالبيع ولان الراهن لم يرض الا بهلاك رهنه الا بجميع دينه
وله في ذلك غرض صحيح فلم يجز ان يلزمه العقد على وجه لم يرض به ثم قال الكرخي
فان هلك الرهن قبل ان يتحالفا كان على ما قال المرتهن وذلك لانه لم يعترف
الا بقدر من الضمان فلم يجز ان يلزمه اكثر منه ثم قال ابو الحسن ولو اتفقا
على ان الجارية رهن بالف واختلفا في قيمة الجارية وقد هلكت في يد المرتهن وقال
المرتهن قيمتها خمسمائة وقال الراهن كانت قيمتها الفا فالقول قول المرتهن مع يمينه
وكذلك لو كانا ثوبين فهلك احدهما كان القول قول المرتهن في قيمة الهالك وذلك
لان الضمان يجب عليه بالهلاك فالقول قوله في مقداره كالغاصب ثم قال فان اقام
الراهن البينة على اكثر من ذلك فالبينة بينته وذلك لانه ادعى زيادة الضمان
واقام عليه البينة ثم قال وكذلك ان ادعى المرتهن انه رهنه هذين الثوبين بالف
وقال الراهن رهنته هذا الاحد منهما بالف تقبل دعوى واحد منهما على صاحبه ويحلف
كل واحد منهما على دعوى الآخر وذلك لانهما اختلفا في المعقود عليه فصار كالاختلاف في
المبيع ثم قال وقال في الاصل اذا اختلف الراهن والمرتهن فقال الراهن رهنتك
هذا الثوب وقبضته مني واعطيتني عشرة واقام البينة على ذلك وقال المرتهن
بل رهنتنيهما فاقاما البينة فالبينة بينة المرتهن وهما جميعا رهن بما ادعى بعشرة
وذلك لانه لا تنافي بين البينتين الا ترى انه قد يرهنه احدهما ويزيد الآخر ثم قال الكرخي
وكذلك لو قال الراهن رهنتك هذا الثوب وقال المرتهن بل رهنتني هذا الآخر
واقاما على ذلك البينة وبالقبض فالبينة بينة المرتهن وذلك لان الرهن حق
المرتهن وقد ادعاه بعد جحود الراهن فاقام البينة واثبت له الراهن حقا آخر
لا اقراره منه فيبطل وهذا كمن ادعى على غيره عشرة دراهم واقام البينة فاعترف
له الآخر بما زاد عنه ثم قال الكرخي وان اختلف الراهن والمرتهن فقال
الراهن قبضته مني الرهن فهلك في يدك وقال المرتهن قبضته مني بعد الرهن

هلك في يد العدل فالقول في ذلك قول الراهن مع يمينه لان المرتهن قد اقر بقبضه
فهو في ضمانه وهو يدعي البراءة فان اقاما جميعا البينة على ما قالا اخذت ببينة الراهن لانه
ادعى للفضل لان هلاك الرهن في يد المرتهن بمنزلة القضاء فان قال المرتهن هلك
في يد الراهن قبل ان اقبضه وقال الراهن هلك في يد المرتهن فالقول قول المرتهن
لانه لم يقر بقبض شيء قال الحاكم كل واحد منهما البينة اخذت ببينة الراهن الى هنا
لفظ الكرخي وذلك ان بينة الراهن تثبت الضمان وبينة المرتهن تنفيه والباقي
يعلم في مختصر الكرخي وشرحه قوله ولو رهنه المستعير بدين هو موعود وهو ان
يرهنه ليقرضه كذا الى آخره صورته ما قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو استعار
عبدا يساوي الفي درهم ليرهنه بالف درهم فلم يقبضه حتى مات العبد في يد المرتهن
فعلى المرتهن الف درهم للراهن لانه صار مستوفيا بالمالية الراهن عند الهلاك من قبل
الراهن وعلى الراهن الف درهم لصاحبه وهو المعير لانه صار مقرضا اياه هذا القدر
قوله تضمن اي تضمن المرتهن للراهن قوله لما بينا انه كالموجود اي الموعود
كالموجود واشار به الى ما ذكر في باب ما يجوز ارتهانه عند قوله والرهن بالدرك باطل
بقوله لان الموعود جعل كالموجود قوله بمثله اي بمثل قدر الموعود المسمى
الذي اخذه الراهن من المرتهن قوله لان سلامة مالية الرهن باستيفائه من
المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه والضمير في استيفائه وفي كسلامته راجع الى
الرهن وفي ذمته راجع الى الراهن وفي عنه راجع الى الدين يعني لو سلم الرهن للراهن بان
برئت ذمته عن الدين بان كانت ذمته مشغولة بالدين فهلك الرهن عند المرتهن
كان يرجع معير الرهن على الراهن المستعير فكذا يرجع عليه بان يسلم الرهن للراهن
باستيفاء الراهن مالية الرهن من المرتهن قوله ولو كانت الجارية عبدا
فاعتقه المعير جاز وذلك لانه بالعارية لم يزل ملك المعير عنه فجاز اعتاقه لبقاء الملك
ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بدينه على الراهن لان الدين عليه ولم يستوفه وان شاء
ضمن المعتق لانه بالاعتاق اتلف حق المرتهن تعلق بماله برضاه فيضمن قيمة الرهن
فتكون رهنا مكانه عنده الى ان يقبض المرتهن الدين فاذا قبض الدين يرد قيمة الرهن
الى المعير لانه لو كان العين باقيا كان يردها بعد قضاء الدين فكذلك القيمة لان استرداد

القيمة كاسترداد العين قوله ولو استعار عبدا او دابة
ليرهنه فاستخدم العبد او ركب الدابة قبل ان يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما
ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن قال الحاكم الشهيد
في الكافي واذا استعار عبدا ليرهنه او دابة فاستخدم العبد او ركب الدابة
قبل ان يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال ولم يقبض الرهن حتى هلك
عند المرتهن فلا ضمان على الراهن لانه بريء من الضمان حين رهنهما لانه بترك الخلاف
بعودهما عنده او المال على المرتهن لصيرورته مستوفيا بالهلاك لوقوع الاستيفاء
ويرده على الراهن ويأخذه المعير في رواية يرده المرتهن على المعير ولا يجعل الراهن
واسطة كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ثم قال في الكافي
فلو افتكه الراهن وقبضه ثم ركب الدابة او استخدم العبد فهو ضامن لانه انتفع
به لا من الوجه الذي اذن له فانه لم يعطب في الركوب والخدمة ثم عطب بعد ذلك من
غير صنعه فلا ضمان عليه لانه بريء بترك الخلاف وعاد امينا كذا في شرح
الكافي وقال الكرخي في مختصره وليس للمستعير ان يستخدم الرهن ولا يركبه
ان كان دابة ولا يلبسه ان كان ثوبا ولا يستعمله في شيء غير ان يرهنه بحسب
لا يفعل ذلك قبل الرهن ولا بعد فكاكه فان فعل ضمن الى هنا لفظ الكرخي ره
وذلك لان المعير اذن له في الرهن ولم ياذن له في غيره من التصرف فاذا فعل
صار متصرفا في ملك غيره بغير امره ثم قال الكرخي فان فعل قبل ان يرهنه
ثم رهنه بمثل قيمته من الدين ثم قضى المال وقبضه بريء من الضمان وقال
في كتاب الاصل بريء من الضمان حين رهنه الى هنا لفظ الكرخي رح قال القدوري
وانما قلنا انه اذا زال التعدي بريء لانه في حكم المودع الا ترى انه لم يقبض العين
لينتفع بها وانما قبضها ليوفي دينه منها فصار كمن دفع الى رجل دراهم فقال اقض
بها دينك واذا كان في حكم المودع زال الضمان بزوال التعدي وليس كذلك اذا
استعار العين لينتفع بها لان يده ليست قائمة مقام يد المالك وانما هي
لنفسه فلا يبرأ بزوال التعدي من الضمان واما اختلاف الرواية التي ذكرها فيجب
ان يكون لاختلاف وضع المسألة فاذا التعدي بالركوب فاقام على التعدي

حتى رهن وسلم زال الضمان لانه زال التعدي وتصرف على الوجه المأذون فيه
والمسئلة الاخرى محمولة على انه رهن على وجه لم يأذن فيه المالك فيكون
متعديا بالرهن ايضا فلا يبرأ به من الضمان واذا افتكه ورده الى يده فقد زال
التعدي وبرئ من الضمان كذا في شرح القدوري ثم قال الكرخي في مختصره وقال
ابن سماعة عن ابي يوسف في نوادره سمعت ابا يوسف قال في رجل اخذ ثوبا
على ان يرهنه بدرهمين وقيمته عشرة فرهنه بدرهم فضاع قال على الراهن
قيمة الثوب لانه خالف الا يرى انه لو امره ان يبيعه بدرهم فباعه بحنطة لكان
عليه قيمته فكذلك الراهن اذا خالف وقال ابو الحسن عن ابي حنيفة لو ان
رجلا استعار من رجل ثوبا ليرهنه بعشرة دراهم والثوب يساوي عشرين
فرهنه المستعير بخمسة عشر كان مخالفا ولم يكن رهنا وكان للذي اعاره الثوب
ان ياخذه وان ضاع في يد المرتهن ضمن المستعير جميع قيمته لصاحبه وذهب
الدين عما فيه بين المستعير والمرتهن قال ان كان رهنه بالنسخة كان ايضا
مخالفا وللذي اعاره ان ياخذه الا ان يضيع فيضمنه قيمته الى هنا لفظ الكرخي
رح قوله وهذا بخلاف المستعير ان مستعير الرهن اذا خالف ثم عاد الى الوفاق
حيث يبرأ عن الضمان بخلاف المستعير في غير الرهن حيث لا يبرأ عن الضمان اذا
خالف ثم عاد الى الوفاق فما لم يرد العين الى مالكها والفرق ان يد المستعير يد
نفسه فلا يبرأ الا بالرد الى المالك اما مستعير الرهن فكالمودع يبرأ عن
الضمان بالعود الى الوفاق لان تسليمه الى المرتهن يحصل مقصود المعير
وهو الرجوع على الراهن عند هلاك الرهن وعند تحقق الاستيفاء فكان
الرد الى يده بالوفاق كالرد الى يد المالك حكما فيبرأ عن الضمان وفي المستعير
المطلق اذا عاد الى الوفاق اختلاف المشايخ فالاصح انه لا يبرأ عن الضمان
مرت المسئلة بطولها في العارية وكتاب الوديعة وذا اختيار شمس الائمة
السرخسي اما اختيار شيخ الاسلام ابي بكر المعروف بخواهر زاده انه يبرأ
عن الضمان استدلالا بمستعير الرهن قوله قال وجناية الراهن
على الرهن مضمونة اي قال القدوري في مختصره وذلك لانه تعلق حق الغير

بالمال

بالمال فجعل المالك كالاجنبي الا ترى ان تعلق حق الورثة بمال المريض يمنع نفوذ
تصرفه فيه بالتبرع والورثة اذا اتلفوا العبد الموصى بخدمته لزمتهم قيمته
يشترى بها عبد يقوم مقامه فاذا صار بمنزلة الاجنبي لزمه ما يجب عليه
لما فيه من ابطال حق المرتهن قوله قال وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه
بقدرها اي قال القدوري في مختصره فالضمير في عليه راجع الى الرهن وفي دينه الى
المرتهن وفي بقدرها الى الجناية وذلك لانه اتلف ملك غيره ومن اتلف ملك غيره
لزمه ضمانه فاذا لزمه الضمان وكان الدين قد حل سقط من الضمان بقدره ولزمه
الباقي لان ما كان زائدا على قدر الدين من القيمة كان امانة وانما ضمنه بالاتلاف لا بعقد
الرهن فهو بمنزلة الوديعة واذا اتلفها المودع يلزمه الضمان كذا في شرح الاقطع
وباقي البيان يمر في هذا الباب عند قوله ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل
غرم القيمة قوله قال وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر اي
قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا رهن الرجل
عبدا بالف درهم وقيمته الف فجنى على الراهن في نفسه او ماله جناية توجب مالا
فهي هدر في قولهم جميعا الى هنا لفظ الكرخي قال القدوري وذلك لان المولى لا يثبت
له على عبده دين فحكم جنايته الخطأ حكم الدين الا ترى ان المولى يملك ان يقر عليه بمال
واحد من الامرين ولا يقبل اقرار العبد بهما فاذا لم يثبت احدهما لم يثبت الاخر وليس كذلك
جناية العبد لانها تثبت باقرار العبد ولا تثبت باقرار المولى فصار المولى عليه فيها كالاجنبي
ولان الرهن على ملك الراهن وانما تثبت جنايته لحق المرتهن لان تعلق حقه جعل
المولى كالاجنبي فلا فائدة للمرتهن في ثبوت هذه الجناية فلم تثبت وليس هذه كجناية
المغصوب على المغصوب منه لان المولى مضمون ضمانا يتعلق به التمليك فصار كعبد الغاصب
والرهن ليس بمضمون على الحقيقة وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي قيل هذا قول ابي يوسف ومحمد اما على قول ابي حنيفة فتعتبر جناية
الرهن على الراهن لانه مضمون على المرتهن كما تعتبر جناية المغصوب على
المغصوب منه على هذا الاختلاف فهذا كذلك ثم قال والصحيح ان هذا قول
الكل لانه ليس بمضمون مطلقا بل هو مضمون لغيره وعينه امانة فكان في معنى
الامانة وقضية وصف الامانة ان يكون هذا هدرا ولهذا اعتبار به

العبد على المشتري قبل القبض هدرا وان كان في ضمان البائع لانه مضمون عليه
بغيره فهذا كذلك وكذلك الجناية على مملوكه ومتاعه واما اذا جنى الرهن على
المرتهن فهو هدر في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد جنايته على المرتهن
ثابتة اذا كانت في بني ادم فان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه
بالجناية الى المرتهن وان شاء المرتهن قال لا اطلب الجناية فيكون رهنا على
حاله كذا ذكر الكرخي في مختصره وجه قولهما انه لو كان مضمونا مطلقا كانت جنايته
على الضامن معتبرة عندهما ففي موضع يكون امانة من وجه الا ان يكون معتبرا اولى
ولان في ثبوت هذه الجناية فائدة للمرتهن الا ترى ان المولى يختار الدفع فيملك
المرتهن العبد ويجوز ان يكون له غرض في تملكه وان سقط دينه ويجوز ان يكون
قيمته دينه واسقط حكم الجناية النفع له فلذلك خير بين الامرين ولابي حنيفة انه
اذا جنى في حال المرتهن لانه لا يملك العبد باتلاف المال وانما يجب له ما يرجع به
على العبد ولا فائدة في ذلك لان مالية العبد مستحق له بدينه يباع فيه
فلم يكن فائدة في اعتبار جنايته على ماله ولابي حنيفة رضي الله عنه انه من وجه
امانة ومن وجه مضمون واعتبار وجه الامانة يوجب الاعتبار واعتبار وجه
الضمان يوجب الاهدار فلا يعتبر بالشك لانا لو اعتبرناه بالشك لابطلنا عقدا
ثبتنا باعتقاده لانه عند الاعتبار يخرج من الرهن لضرورته في معنى الهالك
واليقين لا يبطل بالشك ولانا لو اثبتنا حكم هذه الجناية لطولب الراهن بها
رجع بها على المرتهن لانها حصلت والعبد في ضمانه من حيث يثبت حكم الجناية
ليسقط فلا فائدة في الاثبات وهذا معنى قوله فلا يفيد وجوب الضمان
له مع وجوب التخليص عليه ولانه لو جنى في ملك المرتهن لم يثبت حكم جنايته
بالاتفاق فكذلك اذا جنى في نفسه لانه موجب كل واحد من الجانبين المال
قال الكرخي في مختصره قال محمد وهذا اذا كان قيمته والدين سواء لا فضل فيه
قال القدوري في شرحه ولم يذكر قول ابي حنيفة اذا كان في قيمته فضل ثم
قال القدوري وقد روي عنه ان حكم الجناية يثبت في مقدار الامانة لانه ليس في
ضمانه فيصير كعبد الوديعة وقال في الرواية الاخرى لا يثبت حكم الجناية لان
مقدار الامانة رهن في يده فصار كمقدار المضمون قال صاحب الهداية وهذا
بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن او ابن المرتهن يعني ان جناية الرهن على المرتهن

هدر عند ابي حنيفة بخلاف جنايته على ابن الراهن وابن المرتهن فانه معتبر بالاتفاق
قال في شرح الكافي ولو كانت الجناية على ابن الراهن او ابن المرتهن كانت كالجناية على
الاجنبي يدفع بها او يفدى لانه لا يهدر في حقه فان دفع خرج من الرهن وان فدى طهر
من الجناية فيكون رهنا على حاله والفداء على المرتهن لانه لو هلك هلك عليه فيكون
دفع الهلاك عليه وقال الكرخي في مختصره وقال محمد لو ان فسد متاعا للمرتهن
وقيمته الف وهو رهن بالف فطلب المرتهن ان يأخذه بقيمة المتاع فانه يعرض على
الراهن ان شاء قضى عنه نصفه ذلك الدين وجعل نصفه على المرتهن وان كره
ان يقضي بيع العبد في ذلك كله فان بقي شيء بعد قضاء الدين اخذ الراهن نصفه
والمرتهن الى هنا لفظ الكرخي وذلك لان القيمة اذا زادت على الدين فالزيادة
امانة فيثبت حكم جنايتها على المال فان اختار المولى قضاء الدين قيل له اقض
نصفه لان حصة الامانة ثابتة وحصة المضمون ليست بثابتة على ما قلنا
في قولهم فاذا قضى المولى النصف زال الدين فبقي العبد رهنا بحاله وان اختار البيع
بيع العبد كذا ذكر القدوري في شرحه قوله والمراد بالجناية على النفس ما يوجب
المال وبه خرج الكرخي وقد مر قبل هذا وهي ما اذا كانت الجناية خطا في نفس او فيما
دونها وهذا لان ما يوجب القصاص معتبر بالاجماع قوله اما الوفاق فيه اي
المسألة الاتفاقية وهي جناية الرهن على الراهن فهي هدر بالاتفاق في قوله
بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه اي جناية الرهن على الراهن هدر بالاتفاق
بخلاف جناية المغصوب على المالك فانه معتبر عند ابي حنيفة وذلك لان الملك
عند اداء الضمان يثبت للغاصب مستندا الى وقت الغصب فكانت جنايته على
المالك كالجناية على غير المالك قال في المختلف جناية العبد المغصوب على مولاه
وعلى مال مولاه معتبرة عنده وعندهما هدر وجنايته على الغاصب وعلى ماله هدر عنده وعندهما
معتبرة هما اعتبرا الحال لان العبد في الحال ملك المغصوب منه وقد جنى على غير
المالك وابو حنيفة اعتبر المال لان الغاصب يملكه بالضمان فيظهر في الآخرة ان
العبد ملك له فكانت جنايته عليه هدرا وعلى غيره معتبرا قوله في الخلاف فيه
اي في المسألة الخلافية وهي مسألة جناية الرهن على المرتهن قوله ثم ان شاء

الراهن والمرتهن ابطال الرهن الا بالفسخ وهذا التفريع على قولهما قوله قال ومن
رهن عبدا يساوي الفا بالف الى اجل فنقص في السعر فرجعت قيمته الى مائة ثم قتله
رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع
على الراهن بشيء ان قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل رهن
رجلا عبدا يساوي الفا بالف الى اجل فنقص العبد حتى صار يساوي مائة ثم قتل رجل
وغرم قيمته مائة درهم ثم حل المال فان يقبضها المرتهن قضاء من ماله ولا يرجع على الراهن
بشيء من التسعمائة قال فان قتله عبد فدفع مكانه افتكه الراهن بجميع الالف فان كان
امره الراهن ان يبيعه فباعه بمائة وقبضه من حقه رجع بالتسعمائة وهذا قول
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد اذا افتكه عبد فالراهن بالخيار ان شاء سلم العبد
المدفوع اليه الى المرتهن بماله وان شاء افتك العبد واعطاه دينه الى هنا لفظ اصل الجامع
الصغير وهنا ثلاث فصول تخريجها على الثوابت اما الفصل الاول فاصله ان الرهن
اذا انتقص بنقصان السعر لا يذهب به شيء من الدين عندنا خلافا لزفر واذا انتقص
من عينه شيء ذهب قسطه من الدين بالاتفاق وجه قول زفر ان المالية انتقصت بنقصان
السعر كانتقاص العين وذا لا يوجب سقوط الدين بقسطه فكذا هذا ولنا ان الضمان
الرهن يجب بالقبض والاجر يراد عليها القبض فكذلك لا اثر لنقصان العين في سقوطه
الدين بخلاف نقصان السعر فانه لا يتعلق له بالرهن لان ذلك يحدث في قلوب العباد
بقلة الرغائب ويحدث زيادة السعر بكثرة الرغائب ولهذا لم يعتبر نقصان السعر
في المبيع اذا انتقص قبل قبض المشتري حتى لا يكون له خيار الرد وكذلك لا يعتبر في الغصب
ايضا حتى اذا رده الغاصب الى المالك لا يضمن نقصان السعر فاذا لم يذهب شيء من
الدين بنقصان السعر في الرهن بقي رهنا كما كان ثم حل الدين ثم اذا قتله حر فانما
غرم قيمته مائة لان الضمان الاتلاف يعتبر يوم الاتلاف و ياخذها المرتهن لان حقه
متعلق بمالية الرهن فكذا فيما قام مقامه ولا يرجع على الراهن بشيء من التسعمائة
لان يد الرهن يد الاستيفاء وبالهلاك تقرر ذلك الاستيفاء لتقرر مثل لا ابتداء ان كانت
قيمته في الابتداء الفا وتقرر لا يجوز ان يستوفي الف درهم بمائة درهم لانه يؤدي الى
الربوا فلم يتعلق حق الاستيفاء الا بقدر المائة ومازاد ليس في ضمن الدين ثانيا وبالبقية

به

به بقية الرهن الدين بخلاف ما اذا مات العبد المرهون بعد نقصان السعر حيث
يكون المرتهن مستوفيا لجميع الدين بالعبد لان نقص في السعر لانه لا يؤدي الى
الربوا الا انه لا يتحقق الربوا بين العبد وبين الدين وللتبس ذلك كاخذ العبد القابل
لان عين العبد يجوز ان يستوفي منها جميع الدين وان كانت ناقصة عنه وعلى
هذا لو قضى بقيمته من غير جنس الدين مثل ان يقضي بالدنانير كانت رهنا بجميع الدين
في قول ابي حنيفة وابي يوسف لان الدنانير يجوز ان يستوفي فيها الدراهم وان كثرت
لزيادة سعرها فصارت كالعبد فلم يسقط شيء من الدين كذا ذكر القدوري في
شرحه قوله حتى لا يزاد على دية الحر بنقيصة قوله كان مقابلا بالدم قوله
لان المولى استحقه بسبب المالية دليل قوله لانه بدل المالية في حق المستحق
قوله لا يمكن ان يجعل المرتهن مستوفيا لجميع دينه الذي هو الالف بمائة درهم غرمها
القاتل قوله قال وان كان امره الراهن ان يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء
من حقه فيرجع بالتسعمائة اي قال في الجامع الصغير وهذا هو الفصل الثاني من الفصول
الثلاثة وذلك لانه لما باع باذن الراهن صار كان الراهن هو الذي باعه ولو كان
الراهن هو الذي باعه خرج من الرهن فكذلك لان المرتهن اذا باعه باذن الراهن
خرج من الرهن ولم يصل اليه الا مائة وكان الفضل ثابتا على الراهن يرجع بها المرتهن
عليه قوله قال فان قتله عبد فقيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين
اي قال في الجامع الصغير وهذا هو الفصل الثالث وفيه خلاف ولا خلاف في الفصلين
الاولين اما في الفصل الاول يقبض المرتهن المائة ولا يرجع على الراهن بشيء من تسع
مائة بالاتفاق وفي الفصل الثاني ياخذ المائة بحقه ويرجع على الراهن بتسعمائة
بالاتفاق واما الفصل الثالث وهو ما اذا قتله عبد قيمته مائة فدفع به افتكه
الراهن بالدين كله عندنا وقال زفر يفتكه بمائة ويسقط تسعة اعشار الدين
لان النقصان حصل في ضمان المرتهن فكان ثابتا عليه كما لو قتله حر وغرم قيمته
مائة درهم ووجه قول علمائنا ان العبد المدفوع اليه قام مقام الاول لحما ودما
والاول لو تراجع سعره بقي ضمان الدين كله فكذلك هاهنا ويجوز بقاء ضمان الالف
لعبد قيمته مائة الا ترى ان بيع عبد قيمته مائة بالف جائز فكذلك هاهنا بخلاف

هلك لو قتله حر وحر قيمته مائة لان استيفاء الالف من المائة لا يتصور فلا يبقى الضمان
ثم اختلف اصحابنا بعد هذا فقال ابو حنيفة وابو يوسف لا خيار للراهن في ان
يفتكه او يدفعه على المرتهن بدينه بل يجبر على الفكاك بجميع الالف وقال محمد
الراهن بالخيار ان شاء افتكه بالدين كله وان شاء جعله للمرتهن بدينه وجه
محمد ان الثاني قام مقام الاول لحما ودما ولكنه تغير عن وصفه لانه غيره في الحقيقة
والتغير لا بد من ان يوجب الخيار كمن غصب عبدا قيمته الف فقتله عبد قيمته
مائة فدفع به ان المغصوب منه بالخيار ان شاء تركه على الغاصب وطالبه بقيمة
المقتول وان شاء اخذ المدفوع مكانه وكالمبيع اذا قتل قبل القبض فدفع به العبد
الف لم يخير المشتري بين ان ياخذ المدفوع وبين ان يفسخ البيع لتغير المبيع
ولابي حنيفة وابي يوسف ان الثاني قام مقام الاول لحما ودما فلو كان الاول قائما
وتراجع سعره لم يكن له خيار فكذلك ههنا ولان عين الرهن امانة عندنا كما مر
في اوائل كتاب الرهن فلا يجوز جعله بضمان الدين بغير رضا المرتهن ولان جعل
الرهن بالدين حكم جاهلي رده النبي صلى الله عليه وسلم بقوله لا يغلق الرهن فكان
باطلا فاذا ابطل التمليك بالدين تعين الفكاك لانه لا ثالث بل بالثالث وليس البيع
كذلك لان الخيار ثمة يوجب الفسخ وذلك مشروع والغصب يجوز تمليكه من الغاصب
بقيمته بخلاف ما نحن فيه قوله فيبقى الدين بقدره اي بقدر عشر الدين قوله
لما ذكرنا اشارة الى قوله لنا ان النقصان للسعر عبارة عن فتور رغبات
الناس قوله كالمبيع اذا قتل والمغصوب اذا قتل انما قيدنا بالقتل لان السعر بهما
لو نقص بهما كان عليه وقت الغصب والبيع لا خيار للمشتري والمغصوب بل ياخذهما
من غير خيار قوله ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله
عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف وهذا تكرار لا فائدة له لان وضع
المسئلة في الفصل الثالث فيما اذا تراجع سعر الرهن الجاني فقتل عبد
قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فيه فلا حاجة الى ان يقول بعد ذلك فيه
بعينه فهو على هذا الخلاف قوله واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان
الجناية على المرتهن وليس له ان يدفع وهذه المسائل من هنا الى قوله واذا مات

الراهن باع وصية الرهن للسبب المذكورة في الهداية وانما ذكرت في الهداية على
سبيل التفريع قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا رهن الرجل رجلا عبدا
قيمته الف درهم بالف درهم فقتل العبد قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن
لان العبد كله في ضمانه ودينه مستغرق لقيمته فيقال للمرتهن افد العبد
من الجناية فان فداه اصلح رهنه وكان دينه على الراهن على حاله والعبد رهن به
كما كان وليس للمرتهن دفع العبد على حال الى هنا لفظ الكرخي رح قال القدوري وانما
ابتدئ في الجناية بالمرتهن لانا لو خاطبنا الراهن بالجناية لجاز ان يختار الدفع فيمنع
المرتهن من ذلك لان من حقه ان يقول انا افدي حتى اصلح رهني فلذلك وجبت البداية
به في الخطاب فاذا فدى فقد اسقط الجناية عن رقبة العبد وكانها لم تكن فيبقى
الدين في الرهن على حاله ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء لان العبد كله مضمون
وجناية المضمون كجناية الضامن فلو انه رجع على الراهن لرجع الراهن عليه وانما
لا يملك المرتهن الدفع لان الدفع تمليك الرقبة وهو لا يملك تمليكها قوله
ولو فدى طهر المحل اي لو فدى المرتهن طهر المحل وهو العبد عن الجناية وكنى بالطهارة
المحلة من الطهارة قوله ولو ابى المرتهن ان يفدي قيل للراهن ادفع العبد او
افده بالدية قال الكرخي في مختصره فان ابى المرتهن ان يفدي قيل للراهن ادفع
العبد او افده بالدية فان دفع وقد بطل دين المرتهن واخذ الراهن العبد
وقد بطل الرهن فيه الى هنا لفظ الكرخي وذلك لانه المالك للرقبة والخطاب بحكم
الجناية يتوجه الى المالك وانما بدئ بالمرتهن لما له في الفداء من الحق فاذا امتنع
من الفداء طولب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء فان اختار
الدفع فانه يسقط دينه لان العبد استحق بسبب كان في يد المرتهن فيسقط
الدين كالهلاك وكذلك ان فدى لانه استحق عليه بدل العبد واستحقاق
البدل كاستحقاق المبدل وهذا على ما ذكره الكرخي في اخر باب جناية الرهن
بقوله واذا رهن الرجل الرجل جارية بالف قيمتها الف قيمتها الفان فولدت ولدا
في يد المرتهن فقتل الولد رجلا خطأ فلا ضمان على المرتهن فيه وضمان الجناية على
الراهن يقال ادفعه او افده فان دفعه خرج من الرهن ولم يذهب من الدين شيء

وكانت الام رهنا بجميع الدين وان فدى الراهن فهو رهن مع امه على حاله وذلك لان الولد
للدين مضمون على المرتهن لانه لا يسقط بهلاكه شيء من دينه فصار كعبد الوديعة
جنى جناية على مولاه فان دفعه فقد زال ملكه عنه وبطل الرهن ولم يسقط شيء من الدين
كما لا يسقط بهلاكه وان فداه سقطت الجناية كان لم يكن فبقي الرهن في الولد والام
كذلك النفقة دين فيما جناه الراهن خرج من الرهن فان ادى دينه بقي في الرهن لما
ذكرنا قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان ادى المرتهن
الدين الذي لزم العبد كان العبد رهنا في يده على حاله وان ابى ان يؤدي الرهن قيل للراهن
ادفعه في دينه الا ان يختار ان يؤدي عنه الدين فان ادى الراهن الدين الذي لزم العبد
بطل دين المرتهن على الراهن وخرج العبد من الرهن وان لم يؤد الراهن دين العبد فلا
له ويباع العبد في الدين الذي لحقه فياخذ صاحب الدين من ثمن العبد دينه وان كان
ما اخذ غريم العبد من ثمن العبد مثل ما للمرتهن على الراهن او اكثر بطل دين المرتهن
على الراهن وان كان اقل منه بطل قدر ذلك على الراهن ويرجع المرتهن على الراهن
بما بقي من دينه فان استوفى الغريم دينه من ثمن العبد وبقي من الثمن بقية فان
كان ما قبض الغريم من ثمن العبد مثل دين المرتهن او اكثر فبقية الثمن لمولى العبد
وان كان دين المرتهن اكثر من دين الغريم استوفى المرتهن ما بقي من دينه مما فضل من
ثمن العبد ان كان الدين حل وان لم يحل امسك ما فضل من ثمن العبد رهنا في يده الى ان يحل الدين
فياخذه قصاصا بدينه الى هنا لفظ الكرخي رح قال القدوري في شرحه وانما قلنا ان
حق ولي الجناية وحق ولي الدين في العبد يتقدم على حق المرتهن لان حقهما يتقدم على حق
المالك وهو اقوى من حق المرتهن فلان يتقدم على حق المرتهن اولى وانما لو طولب المرتهن
باداء الدين لانا لو خاطبنا الراهن جاز ان يختار البيع فيمنعه المرتهن ويقول انا اؤدي
الدين لتخلص لي الرهن فلذلك بدانا به فان ادى الدين سقطت المطالبة وكان الدين
لم يكن فيبقى رهنه على حاله وان لم يؤد سقط حكمه فعاد الخطاب بالدين الى المالك فان باع
العبد في دينه ودينه مثل دين المرتهن او اكثر فقد استحقت الرقبة بسبب كان في يد
المرتهن فيسقط دينه وان ادى الدين سقط حق المرتهن لان ذلك استحق عليه
بسبب كان في يد المرتهن فكانه كانت الرقبة فداء استحقت واما اذا كان دين العبد

اقل من دين المرتهن سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد لان ذلك استحق بسبب
كان في يد المرتهن فيسقط دينه وان ادى الدين سقط وما بقي من ثمن العبد لا دين
فيه فيبقى في يد المرتهن رهنا بما بقي من حقه فان كان دينه قد حل فلا معنى لحبس
الدراهم بالدراهم فيستوفيه وان كان لم يحل يمسكه الى ان يحل دينه قوله
وحق ولي الجناية بالنصب او بالرفع عطفا على لفظ دين العبد او محله ومعناه ان دين
العبد مقدم على دين المرتهن وكذا حق ولي الجناية ايضا مقدم على دين المرتهن لان
كل واحد منهما مقدم على حق المولى فلان يتقدم على حق المرتهن اولى لان حق المالك
اقوى ويدل على هذا التقرير تصريح القدوري بذلك في شرحه وقد مر انفا
تحقيقه ان المصنف ذكر جناية العبد المرهون اولا وتقدمه على حق المرتهن عند
قوله وان قتل العبد الرهن قتيلا خطا فضمان الجناية على المرتهن ثم ذكر دين
العبد ثانيا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله ولو استهلك العبد المرهون
مالا وهذا الكلام يدل على ان مراد المصنف ما ذكرنا وقال بعضهم في شرحه قوله وحق
ولي الجناية بالجر اي دين العبد مقدم على دين المرتهن ومقدم ايضا على حق ولي الجنا ية
حتى لو جنى وعليه دين يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء قال وهذا في غاية الضعف
لان المسئلة التي استشهد بها تدفع كلامه لانه قال دين العبد مقدم على حق
ولي الجناية وفي المسئلة قدم حق ولي الجناية ثم رتب عليه حق الغرماء لانهما قضية
لا محالة قوله لتقدمه على حق المولى اي لتقدم كل واحد منهما من دين العبد ومن
حق ولي الجناية على حق المالك وبيانه من قوله وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم
اخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على احد حتى يعتق العبد قال الكرخي في مختصره وان كان
ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ الثمن ولم يكن له ان يرجع بما بقي من دينه على احد
حتى يعتق العبد فاذا عتق العبد رجع عليه ولم يرجع العبد على احد بشيء الى هنا
لفظ الكرخي رح وذلك لان المستحق على المولى في ديون العبد رقبة العبد الا ان يختار
قضاء الدين فاذا استوفيت الرقبة لم يبق عليه حق ولا يمكن مطالبة العبد في يد المشتري
لان الدين سقط عن رقبته حتى تاخر الى حال الحرية فان اداه العبد لم يرجع

به على بعض لانه ادى دين نفسه الواجب بفعله قوله وان كانت قيمة العبد
الفين وهو رهن بالف وقد جنى العبد يقال لهما افديا قال الكرخي في مختصره وان
كانت قيمة العبد الفين وهو رهن بالف فان نصف الجناية في ضمان الراهن
ونصفها في ضمان المرتهن فيقال لهما افديا فان فديا كان العبد رهنا على حاله
الى هنا لفظ الكرخي رح وذلك لان نصف العبد مضمون ونصفه امانة وحكم الجناية
في الامانة يلزم المالك لا المرتهن كما يلزم المودع وحكمها في المضمون يتعلق بالراهن
فلذلك قيل لهما افديا قال الكرخي في مختصره وان اجمعا على الدفع دفعاه وبطل
دين المرتهن الى هنا لفظ الكرخي وذلك لان الرقبة قد استحقت بسبب كان
في يده وقوله دفعا يجوز لان الدفع تمليك لا يملكه المرتهن ذلك وانما يجيء
ان المرتهن رضي بالدفع حيث امتنع من الفدا فدفع الراهن واضاف الدفع اليهما
لانه تم بالاختيار منهما وان لم يتم بفعلهما كما ذكر القدوري في شرحه قوله لما بينا
اشارة الى قوله لانه لم يملك التمليك قوله فان تشاحا فالقول لمن قال انا
افدى راهنا كان او مرتهنا قال الكرخي في مختصره فان تشاحا فقال المرتهن
انا افدي وقال الراهن انا ادفع فللمرتهن ان يفدي ويمسك العبد فان فداه بالدين فهو
متطوع بما فدى مما كان يلزم الراهن في قول اصحابنا جميعا لان الراهن يجاب الى الدفع الى
هنا لفظ الكرخي وذلك لان الراهن يسقط بالدفع حق المرتهن والمرتهن بالفدا يحفظ
حقه ولا يسقط ولا يسقط حقا للراهن فكان اختياره اولى ويكون متطوعا في حصة
الامانة لانه التزم الحصة الفدا في حصة الامانة ليحفظ حقه في المضمون وقد كان
يقدر ان لا يلزم الفدا بحق بجانب الراهن فلما التزمه صار متبرعا فان الفدا وقد كان
على الرواية التي يفهم فيها انه اذا فدى مع غيبة الراهن يرجع عليه بحصة الامانة واذا
فدى مع حضوره لم يرجع فاما على الرواية الاخرى فينبغي ان يرجع عليه بحصة الامانة
لانه لا يقدر على صلاح حقه من المضمون الا بفدا الامانة قال الكرخي فان قال
الراهن انا افديه وقال المرتهن انا ادفع فليس الدفع الى المرتهن ان اباه الراهن
لان المرتهن لا يملك العبد حتى يملكه غيره ويكون عند ذلك للراهن ان يفديه ويبطل
دين المرتهن ويخرج العبد من الرهن ويأخذه الراهن لان الراهن قد هرم عن النصف م

المضمون

المضمون على المرتهن اكثر مما فيه من الدين الى هنا لفظ الكرخي رح قال القدوري
وذلك لان اختيار المرتهن الدفع مع اختيار الراهن للفدا لا فايدة فيه للمرتهن
لان دينه يسقط بالدفع كما يسقط بالفدا الا انه بالدفع يسقط حق المرتهن من
الرقبة وقد يكون للراهن غرض في التزام الفدا احق لتسلم له الرقبة فلم يجز
للمرتهن تفويت ذلك الغرض من غير فايدة ترجع اليه قوله وسنبين القولية
اي نجد هذا محطوطا عنه قوله ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر قوله
ولو ابى المرتهن ان يفدي وفداه الراهن فانه يحتسب على المرتهن نصف الفدا من
دينه قال الكرخي في مختصره فان ابى المرتهن ان يفدي وفداه الراهن فانه يحتسب
على المرتهن نصف الفدا من دينه ونقاصه به فان كان نصف الفدا مثل دينه او اكثر
بطل دينه وخرج العبد من الرهن وان كان نصف الفدا اقل من الدين سقط من الدين
قدر نصف الفدا وكان جميع العبد رهنا بما بقي من دين المرتهن الى هنا لفظ الكرخي
رح وذلك لان الراهن ليس بمتطوع في الفدا لان حكم الجناية يلزمهما فان ابى وفي
الدفع والفدا اسقاط حق المرتهن على وجه واحد فقد يكون الفدا انفع اذا كان اقل
من الدين لان حق المرتهن يبقى في الفاضل فلذلك لم يكن متبرعا ومقدار الفدا
مستحق عليه بسبب الضمان الذي كان في يد المرتهن فهو من ضمانه وما بقي
من دين المرتهن يحبس به جميع العبد كما لو استوفى بعض دينه بالقبض قوله ولو كان
المرتهن يفدي والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غايبا لم يكن متطوعا وهو قول
ابي حنيفة قال الكرخي في مختصره وان كان الراهن غايبا والمسألة على حالها
ففداه المرتهن فليس بمتطوع في قول ابي حنيفة وان كان حاضرا فهو متطوع على
الراهن روى ذلك ابو يوسف ومحمد عن ابي حنيفة ورواه ايضا الحسن بن زياد
عن ابي يوسف عن ابي حنيفة قال الحسن وروى زفر عن ابي حنيفة الراهن اذا كان ن
حاضرا لم يكن متطوعا ورجع بالنصف وان كان الرهن غايبا كان المرتهن متطوعا وهو في
قول ابي يوسف وزفر ومحمد والحسن بن زياد فالمرتهن متطوع غايبا كان الراهن او حاضرا صح
لفظ الكرخي في مختصره وجه رواية ابي يوسف ان الراهن اذا كان حاضرا امكن استيفا
الجناية منه ومطالبته بها فلم يلزم المرتهن حكمها فاذا فدى فقد تبرع على الراهن بما

كالاجنبي والبيت كذلك اذا كان غائبا لانه لا يمكن استيفا الجناية منه فلم يبق الا التطالب
به المرتهن وهو لا يقدر على اصلاح المضمون الا باصلاح الامانة فكان مضطرا فيه ونافي ذلك
من طريق الحكم كالمشتري بين اذا غاب احدهما فادى الاخر جميع الثمن كصاحب العلو
والسفل اذا بنى صاحب العلو وجه رواية زفر ان الراهن اذا كان غائبا لم يطالب
المرتهن بحكم الجناية لانه غير مالك للرقبة فاذا التزم الفدا كان متطوعا بما ذكرنا متبرعا
والبيت كذلك اذا حضر الراهن لان الخطاب بالجناية يتوجه اليه ويجوز ان يدفع م
فيسقط حق المرتهن وكان له ان يفدي ليصلح حقه ووجه قول ابي يوسف وزفر
ومحمد ان المرتهن قد حمل عنه بغير امره كالاجنبي ولانه اصلح بالفدا حق نفسه
ثم يرجع به على غيره قوله قال واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى
الدين اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان لم يكن له وصي نصب القاضي
له وصيا وامره ببيعه وذلك لان الوصي قائم مقام الميت في قضا ديونه وقد
كان للراهن بيع الرهن في حياته باذن المرتهن فكذلك للوصي الذي قام مقامه
واذا لم يكن له وصي فالقاضي له ولاية على من يعجز عن التصرف بنفسه لانه نصب
ناظرا لامور المسلمين فينصب له وصيا يوفي حقوقه التي عليه لغيره ويستوفي
حقوقه على غيره قوله وان كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند
غريم من غرمائه لم يجز وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا على مسئلة المختصر قال
الحاكم الشهيد في الكافي واذا كان على الميت دين فرهن الوصي بعض تركة الميت
عند غريم من غرمائه لم يجز وذلك لان في الرهن معنى ايفا الدين من وجه على وجه
ينقلب حقيقة عند الهلاك والوصي لا يكون له سبيل من ايفا حق بعض الغرما دون
البعض لتعلق حقهم على السوا في التركة الا اذا قضى ديونهم قبل التبرد وهكذا في الايفا
الحقيقي ولو لم يكن على الميت دين لغيره جاز الرهن كما في الايفا الحقيقي وسقط دينه لانه لم يكن لغيره
قوله واذا ارتهن الوصي بدين الميت على رجل جاز وهذه من مسائل الاصل ايضا ذكرها
تفريعا وذلك لان الارتهان الوصي من باب استيفا الحقوق والوصي له سبيل من ذلك
لانه نصب لاستيفا الحقوق وايفائها وكذلك لو كان الميت هو الذي ارتهن فوصيه
يقوم مقامه في المسائل الا انه لا يبيعه بدون اذن الراهن لان التسليط على البيع

بطل

بطل بموت المرتهن فالراهن رضي برايه ولم يرض براي غيره في البيع وقال الحاكم الشهيد
في الكافي واذا ارتهن الوصي خادما لليتيم من نفسه او رهن خادما لنفسه من اليتيم
بحق اليتيم عليه لم يجز وذلك لانه عقد تمليك وتملك فلا يقوم به واحد ولهذا لو باع
ماله لليتيم او اشترى مال اليتيم لنفسه لم يجز وعند ابي حنيفة يجوز شراؤه مال
اليتيم او بيعه لليتيم بشرط ان يكون نفع ظاهر لليتيم والنفع الظاهر لا يمكن
تحقيقه في الرهن كذا في شرح الكافي قوله وفي رهن الوصي تفصيلات نذكرها
في كتاب الوصايا وهذه حوالة غير رابحة لان رهن الوصي لم يذكره في كتاب الوصايا اصلا
فضلا عن تفصيلاته وتفصيلاته على وجوه ذكروها في باب رهن الوصي والوالد وهي
ان الورثة اما ان يكون كلهم كبارا او كلهم صغارا او بعضهم صغارا او بعضهم كبارا والكبار
غيب او حضور والرهن بدين على الميت او بدين استدان عليهم او بدين استدان على
التركة في شرا طعام الرقيق وكسوتهم اما اذا كان الورثة كلهم صغارا جاز في الاحوال
كلها العموم ولايته عليهم وان كانوا كبارا ان كانوا حضورا لا يجوز في الاحوال كلها لفقد
الولاية اصلا وان كانوا غيبا ان كان بدين على الميت جاز لان له ولاية حفظ التركة
وصيانتها وفي الرهن بدين على الميت معنى الصيانة والحفظ فكان له سبيل من ذلك
وان كان بدين استدانه هل يكون له سبيل من الرهن بدين عليهم قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجاني
الصحيح انه لا يملك لان معنى الصيانة ليس براجع الى الميت ولا ولاية له على الغائب
ولو كانوا صغارا وكبارا ان كان الكبار حضورا ملك بدين على الميت في قول ابي حنيفة
لان المذهب عنده ان الولاية متى تثبت في بعض التركة تثبت في كلها وعندهما
لا يصح لانعدام الولاية له على الكبار ومتى لم يصح في حق الكبار لم يصح في حق الصغار لمكان
الشيوع ولو كان الكبار غيبا صح في حق الكل لان له ولاية على الكبار في مثل هذا الموضع
وان كان بدين استدانه عليهم او على الصغار لم يصح في حق الكل بالاجماع سواء كان
الكبار حضورا او غيبا لانه لا ولاية له في حق الكبار في هذا الموضع لان الاستدانة
عليهم باطل فكان الرهن في حقهم باطلا ومتى بطل في حق الكبار بطل في حق الصغار لمكان
الشيوع وكذلك ان كان بدين استدانه على الصغار ولا يستتبع الولاية في
حق الصغار الولاية في حق الكبار لان ابا حنيفة انما قال ذلك في تصرف بنفع الميت

نظرا او انما يكون لعلة اذا كان التصرف واقعا للميت فاذا كان الرهن بدين على الميت فهو
فالتصرف يقع للميت فاستقام القول بتكميل الولاية في التركة تحقيقا للنظر الراجع الى
الميت واذا كان بدين على الوارث فلا يكون النظر واقعا للميت بل يقع للوارث فلا يستقيم
اثبات الولاية على غيره بتقرير النظر في حقه ولو كان الرهن بدين اسنده الى نفقة
الرقيق فالجواب في هذا او الجواب فيما اذا كان الرهن بدين على الميت سوا لان هذا استدانة
وقعت للميت معنى لما فيه من صيانة تركته الا ترى انه ملك في حق الكل اذا كان الكبار غيبا
على قولهم جميعا واذا كانوا حضورا ملك في حق الكل عند ابي حنيفة بطريق الاستتباع فصار
هذا الفصل بمنزلة فصل المسايل المتفرقة المذكور في اخر الكتب فلذلك الحقه استدراكا
لما فات فيما سبق قوله قال ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا
يساوي عشرة فهو رهن بعشرة دراهم بعشرة دراهم لمرتهن على الراهن فصار العصير في
يد المرتهن خمرا ثم صار خلا يساوي عشرة كان فهو رهن بالعشرة الى هنا لفظ الكرخي اصل
الجامع الصغير ووجه ذلك ما قالوا في شروح الجامع الصغير ان عقد الرهن لم يبطل بالتخمر
لان ما يصلح للبيع يصلح للرهن والخمر لا يصلح لابتدا البيع ويصلح لبقايه فان من باع عصيرا فصار
خمرا في يد البايع لم ينتقض البيع فلم يحتمل ابتدا الرهن واحتمل بقاه ايضا واذا صار خلا فقد الغار
قبل قرار حكمه لان العقد لم ينتقض فجعل كان لم يكن كالمبيع الذي قلنا اذا صار خلا وكالمرتد اذا لحق
بدار الحرب وقد باع واشترى ثم عاد مسلما قبل حكم القاضي ان ذلك كله جايز فكذلك هذا
والدليل عليه ان الرهن وان صار في حكم الهالك فقد تاكد العقد لانه صار مستوفيا فبقي
العقد فصح عود حكمه فكان رهنا بالعشرة ولكن هذا اذا لم ينتقص من مقداره بالتخمر والغالب
النقصان لا فاذا انتقص سقط الدين بقدره وانما قيد بانتقاص المقدار لانه اذا انتقص سعره
لا مقداره لا يسقط شيء من الدين ولكن الراهن يتخير كما اذا انكسر القلب ان شا افتكه ناقصا بجميع
الدين وان شا ضمنه قيمته ويكون قيمته رهنا عنده لا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد
ان شا افتكه ناقصا وان شا جعله بالدين كذا في شرح الكافي وان لم ينقص قيمته لا يخير فيه
فيبقى رهنا كما كان لانه لا ضرر في الجبر على الفكاك قوله ولو رهن شاة قيمتها عشرة
بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهما فهو رهن بدرهم ولفظ محمد في الجامع الصغير
عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل رهن رجلا شاة بعشرة دراهم تساوي عشرة دراهم

فماتت

فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهما قال الجلد رهن بدرهم الى هنا لفظ الكرخي
الجامع الصغير وذلك لان عقد الرهن لم يبطل بموت الشاة لان المرتهن صار مستوفيا
بالهلاك وبالاستيفا تاكد عقد الرهن فاذا عادت المالية بالدباغ صار دين عقدا
قايما فيثبت فيه حكمه بقسطه بخلاف البيع فان عامة المشايخ قالوا في الشاة المبيعة
اذا ماتت قبل القبض ثم دبغ جلدها فان البيع لا يعود ولا يمضي فيه كذا قال فخر الاسلام
لان الشاة لما ماتت فقد انتقض البيع ولا يعود بعد الانتقاض بخلاف الرهن لما قلنا
انه لا ينتقض ومن مشايخنا من قال في البيع انه يعود كالرهن والحاصل هنا ما قالوا في
شروح الكافي ان علماينا اختلفوا فيه طريقان احدهما انه بطل الرهن اصلا لانعدام محلية الرهن
بهلاك الشاة ثم عاد حكم الرهن بقدر الجلد لانه حيي هذا القدر ولو حيي كله
يعود كل الرهن فاذا حيي بعضه يعود بقدره والثاني انه لم يبطل الرهن في قدر الجلد
لان المالية قايم في هذا القدر فكان في بقا الرهن في هذا القدر كابية فيبقى
فيه وهو الاصح واذا بقي الرهن في هذا القدر ينقسم الدين على قدر الجلد وقيمة اللحم
فيذهب من الدين بقدر اللحم ويفتكه الراهن بقدر الجلد وانما يعرف ذلك بالنظر في قيمة
الشاة فان كانت قيمة الشاة وهي حية عشرة فبعد الذبح تساوي لحمها تسعة
والجلد درهما والدين عشرة يفتك الجلد بدرهم وان كان الدين عشرة وقيمة الشاة
عشرون وقيمة اللحم تسعة عشر وقيمة الجلد درهم يفتك الجلد بنصف درهم
لان بازا الدرهم من الشاة نصف درهم من الدين فيكون الجلد رهنا بنصف درهم
ويسقط بازا اللحم تسعة ونصف وان كانت قيمة الشاة اقل من الدين بان كانت الشاة
تساوي يوم الارتهان خمسة واللحم اربعة والجلد درهما فقد ذهب من الدين اربعة
ويفتك الجلد بما بقي وهي ستة وان كان مضمونا بدرهم لانه محبوس بكل الدين فاذا ذهب
من الدين اربعة يحبسه بما بقي قال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وانما
ينقسم الدين عليهما اذا انتقصت قيمة الشاة المسلوخة بالسلخ فتساوي لحمه تسعة
والجلد درهما اما اذا لم ينتقص اللحم بل يساوي عشرة بعد السلخ وقيمة الجلد درهم ينبغي ان
ينقسم الدين عليهما على احد عشر سهما يذهب عشرة اجزاء من احد عشر جزءا من الدين ويفتك
الجلد بما بقي قوله فما لو نما الرهن للراهن اي قال القدوري في مختصره وتمام لفظه

فيه ويكون رهنا مع الاصل فان هلك هلك بغير شي وان هلك الاصل وبقي النما افتكه
الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النما يوم الفكاك فما اصاب
الاصل سقط من الدين وما اصاب النما افتكه الراهن بحصته الى هنا لفظ المختصر قال
الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا رهن الرجل رهنا وحيوانا او ارضا او شجرا
او كرما او نخلا فنمى من الحيوان او الرقيق ولد او من الصوف او لبن او شجر فذلك
كله رهن مع الاصل للمرتهن حبسه حتى يستوفي جميع حقه من الدين ولا سبيل
للراهن عليه قبل ذلك والنما ليس بمضمون على المرتهن والاصل هو المضمون وان تلف
النما في يد المرتهن ذهب بغير شي والرهن على حاله بجميع الدين الى هنا لفظ الكرخي رح
كذا القدوري وقال الشافعي النما المنفصل لا يدخل في الرهن وللراهن اخذه والانتفاع
به لنا ان حق المرتهن مستقر في العين بدلالة انه ينتقل الى القيمة ويثبت للوارث
والحقوق مستقرة في الرقاب تسري الى النما منها كحق الملك ولا يلزم ولد الجانية وولد
المستاجرة لان الحق لا يتعلق بالرقبة وانما يتعلق بالمنفعة وليس كذلك الموصى
بخدمتها لان الحق فيها ليس بمستقر الا ترى انه لا ينتقل الى الوارث ولا ينتقل
الى القيمة وليس هذا كولد الجانية لان الحق ليس بمستقر في رقبتها بدلالة
ان للمالك ان ينقله الى ذمته ويتصرف فيها واما قوله ان النما ليس بمضمون على
المرتهن فلانه دخل في العقد على طريق التبع فلا يسقط بهلاكه شي كولد المبيعة
واحتج الشافعي بان حق الاستيفا يتعلق بالرقبة فلا يسري الى الولد كالجناية ونحو
من قال لو احدث في النما فلا يسري الرهن اليه كالاكساب قلنا ان الفرق ثابت
بين ما يتولد من عينه وبين ما لم يتولد منه ولهذا افرق الشافعي فيمن غصب
جارية فولدت في يده فما حدث من النقصان بالولادة لا يجبر بالولد ولو قطعت
يدها واخذ الارش كان الارش جبرا للنقصان ان حدث بالقطع ويبطل بالمكاتبة
فان اكسابها تتبع عتقه ولا يتبع اولادها فانما لا يسري الى الولد لو حدث قبل القبض
لا يسري اليه وان حدث بعد القبض كالاجارة قلنا يبطل بالهبة والمعنى في الاجارة انه
عقد على المنافع والمنافع لا تستتبع الاعيان فلذلك لم يسر الى الولد والرهن عقد
على العين كذا في مختصر الاسرار وقال الكرخي ايضا ويقسم الدين على قيمة الرهن
يوم وقع العقد عليه وعلى ما نمى منه يوم يفتكه هذه كيفية القسمة وما وقع

من

من القسمة قبل ذلك وانما هو على الظاهر الى ان ينظر ما يؤول اليه قيمة النما يوم الفكاك
الى هنا لفظ الكرخي رح قال القدوري وانما اعتبر في القسمة قيمة الرهن يوم القبض
لانه دخل في ضمانه بالقبض فيعتبر قيمته عند القبض كالغصب والمبيع المقبوض
على وجه السوم فاما النما فانما يصير له حصة في الضمان بالفكاك الا ترى انه لو هلك
قبل ذلك هلك بغير شي فاعتبرت قيمته حين حصلت له الحصة وهذا كما قالوا في
المبيع ان الثمن يقسم على قيمة المبيع يوم البيع لانه صار مضمونا بالعقد وعلى قيمة النما
يوم القبض لانه يدخل في ضمان المشتري بالقبض فاما قوله فما وقع من القسمة قبل ذلك
فانما هو على الظاهر فانما يريد به ان المرهونة اذا كانت قيمتها الفا وهي رهن بالف
فولدت ولدا قيمته الف فالدين ينقسم في الظاهر نصفين ويجوز ان يزيد قيمة الولد
او ينقص فيتغير هذه القسمة ثم قال الكرخي وتفسير ذلك رجل رهن رجلا امة قيمتها
الف بالف فولدت ولدا يساوي الفا والدين الف فالدين في الظاهر نصفان نصفا فيها ونصف
في ولدها فان مات الولد ذهب بغير شي وكانت الام رهنا بجميع الدين فان ماتت بعد
موت الولد ذهب بجميع الدين فان ماتت قبل الولد ذهبت بنصف الدين وافتك الراهن
الولد بنصف الدين الى هنا لفظ الكرخي رح وذلك ان الولد دخل على طريق التبع فلا يسقط
بهلاكه شي قضا وبعد الهلاك كان لم يكن وانما يسقط الدين اذا ماتت بعد موت الولد
لانه جعل كان الولد لم يكن فسقط الدين بهلاكها فان ماتت قبله فقد صار للولد حصة
بالفكاك فليسقط من الدين بقدر قيمة الام وهو النصف ثم قال الكرخي في مختصره فان
لم يفتكه الراهن حتى مات بعد امه ذهب بغير شي وصار كانه لم يكن وذهبت الام بجميع
الدين الى هنا لفظ الكرخي وذلك لما بينا انه لا حصة للولد قبل الفكاك فاذا مات فكانه
لم يكن فيحكم بان الام هلكت بالدين ثم قال الكرخي فان لم يمت واحد منهما حتى جا الراهن
يفتك الرهن وقد نقصت قيمة الام في السعر او في البدن وصارت تساوي خمسماية
او زادت فصارت تساوي الفين وقيمة الولد على حالها فالولد بنصف الدين على حاله ن
والام بنصف الدين ولا يلتفت الى زيادة قيمة الام بالسعر ولا غيره ولا نقصانه كذلك الى
هنا لفظ الكرخي وذلك لان قيمة الام تعتبر يوم القبض فما حدث بعده لا يعتبر به
ثم قال الكرخي فان كانت الام على حالها الاولى وعلى حالها من نقصان السعر او زيادته
وجا الراهن يفتكه وقيمة الولد يومئذ خمسماية لنقصان في السعر او لعيب دخله في

في يده عورا وشللا ومرض فان عند محمد الدين الثلث وفي الام الثلثين الى هنا لفظ
الكرخي وهذا على ما بينا ان قيمة الولد تعتبر يوم الفكاك فاذا كانت خمسمائة والام
يوم القبض الف انقسم الدين على ذلك وكان اثلاثا ثم يعتبر الاختلاف في غيرها بين الحالين
ثم قال الكرخي فان كانت قيمته زائدة يوم الفكاك فصارت الفين بسعر او بدن كان
في الولد ثلثا الدين وفي الام الثلث وذلك لان الاعتبار في الولد بحال الفكاك واذا كان
قيمته الفين وقيمة الام يوم القبض الف ففي الولد ثلثا الدين ثم قال الكرخي فلو كانت
لما ولدت الولد قيمته مثل قيمتها ان كانت اعورت بعد الولادة او كانت اعورت قبلها
ذهب من الدين بعورها ربع ما بان وحسوب الى هنا لفظ الكرخي وذلك لان قيمة
الولد لما ساوت قيمتها انقسم الدين بينهما نصفين والعين ينقص النصف فذهب
نصف ما فيها وهو ربع الدين قال القدوري وانما اشترط في العوران يكون قبل الولادة
وبعدها لان نقصان الرهن يوجب الاستيفاء والاستيفاء بجهة الفسخ اذا وقع سائره
كمن قبض دينه فوجده زيوفا فرده فكذلك الاستيفاء من طريق الحكم يجوز ان يجعله الفسخ
فاذا كان كذلك فالاعوار قبل الولادة كالاعوار بعدها لان ما يتعلق به من الاستيفاء
يجوز ان يتغير بحدوث الولادة وليس هذا كالمبيعة لا لقصر قالوا اذا باع جارية
بالف تساوي الفا فاعورت ثم ولدت ولدا يساوي الفا فان الولد يثلث الالف ولا
يسقط من الالف وذلك لانه يسقط بالعور نصف الثمن فلما ولدت ولدا قيمته الف
انقسم ما بقي بينهما اثلاثا ولو كانت ولدت اولا ثم اعورت ذهب بالعور ربع الدين لان
ما فيها انقسم بينهما وبين ولدها فذهب بعورها نصف ما اصابها وانما فارق البيع الرهن
اذا كان العور قبل الولادة لان العور ينفسخ فيه البيع وما انفسخ فيه البيع لا يعود
بعد ذلك فلهذا لم يتغير حكمه بالولادة وهلاك الرهن يقع به الاستيفاء وذلك يجوز
ان يتغير ❊ قال الكرخي فان كان الولد وقد اعورت الام قبل الولادة او بعدها
ذهب نصف الدين الى هنا لفظ الكرخي وذلك لان الولد لما صار كان لم يكن فيبقى جميع
الدين في الام فيسقط بعورها نصفه ثم قال الكرخي فان اعور الولد لم يذهب بعوره
شيء وذلك لانه لو هلك لم يسقط بهلاكه شيء فكذلك نقصانه الا انه يكون الا في الخاص
ثلث الدين فان بقي على هذا او الام صحيحة فقيمته ثلث الدين لان قيمته يوم الفكاك
خمسمائة وقيمة الام يوم العقد الف ثم قال الكرخي فان كانت الام اعورت قبل

الولادة او بعدها او قبل اعوار الولد او بعده ذهب بعورها ايضا ثلث الدين لان قيمتها
يوم العقد الف وقيمة الولد يوم الفكاك وهو اعور خمسمائة وفيه ثلث الدين وفيها
ثلثا الدين فلما اعورت ذهب نصف ما فيها وهو ثلث الدين ويفتكها وولدها
بثلث الدين الى هنا لفظ الكرخي رح قوله وصور المسائل على هذا الاصل تخرج وقد
ذكرنا بعضها في كفاية المنتهي وغاية في الجامع والزيادات قال في الجامع رهن
رجل جارية تساوي الفا بالف درهم فولدت ولدا يساوي خمسمائة فقتلها جميعا
عبد يساوي الف درهم فدفع بهما ثم ذهب عين العبد ثم جاء الراهن يفتكه
قال يفتكه باربعة اسباع الالف ويسقط ثلاثة اسباع الالف ووجه ذلك ان
ان المرهونة لما ولدت سرى حكم الرهن الى الولد وقيمته خمسمائة فانقسم الدين
عليهما اثلاثا ثلثاه بازاء الام وثلثه بازاء الولد لان قيمته نصف قيمتها على تقدير
انه يبقى كذلك الى يوم الفكاك لان قيمته تعتبر يوم الفكاك فصار كل خمسمائة
سهما فينقسم العبد المدفوع بهما عليهما اثلاثا ثلثاه بازاء الام لانه قائم مقامها لحمه
ودما وثلثه بازاء الولد وقيمة الثلث ثلثمائة وثلث وثلاثون وثلث وصار ذلك
قائما مقام الولد وفات نصفه الا انه لا يذهب بذهابها شيء من الدين عند تخلفها
لان ثلث العبد قائم مقام الولد ولو كان الولد قائما وذهب منه نصفه لا يسقط
شيء من الدين كما لو ذهب كله لان الولد قبل الفكاك لا حصة له من الدين وانما يأخذ
شيئا منه قبل الفكاك فاذا كان كذلك فهلاكه او هلاك شيء منه قبل الفكاك
لا يوجب سقوط شيء من الدين وصار كان الولد قائم وتراجع سعره الى سدس الالف
وقت الفكاك فاذا ذهب نصف ما كان بازاء الولد يعتبر شيء بقي نصفه وقيمته
مائة وستة وستون وثلثان وذلك سدس الالف وذهب مما كان قائما مقام
الام النصف فذهب بذهابه نصف ما كان من الدين بازاء الام فجعلت مائة
وستة وستون وثلثان سهما وهو قدر قيمة ما بقي من الولد يوم الفكاك
وجعل الالف الذي هو قيمة الام يوم القبض ستة اسهم لانه ستة امثال مائة
وستة وستين وثلثين فصار الكل سبعة اسهم سهم بازاء الولد وستة
بازاء الام فاذا ذهب عين العبد ذهب ما كان بازاء الام من الدين وذلك النصف ثلثة
اسباع ويفتكها بثلاثة اسباع الدين بازاء ما بقي مما قام مقام الام ويبقى سبع وهو

وهو سهم بازائها فقام مقام الولد فظهر ان الباقي من الدين اربعة اسباعه فلذلك يفتك العبد باربعة اسباع الدين ويسقط ثلثة اسباعه بذهاب العين وقال في الجامع الصغير واذا ارتهن الرجل عند الرجل جارية تساوي الف درهم بالف درهم فولدت ولدا يساوي الفا ثم قتلت الام جارية تساوي مائة درهم فدفعت بها قال فالدين على حاله ولا يسقط من الدين شيء لقيام القاتلة مقام المقتولة لحما ودما وصارت المقتولة قائمة مقامها وقد تراجع سعرها الى المائة وعند زفر يسقط تسعة اعشار ما كان من الدين بمقابلة المقتولة فلو ولدت القاتلة ولدا يساوي الف درهم ثم اعورت الجارية ثم جاء الراهن فانه يفتك القاتلة وولدها وولد المقتولة بثلاثة واربعين جزءا من اربعة واربعين جزءا من الدين ويسقط منه جزء من اربعة واربعين جزءا ووجه ذلك ان الدين انقسم اولا على الجارية المرهونة وعلى ولدها نصفين ثم تحول ما في الام وهو نصف الدين الى المدفوعة لها وانقسم ذلك عليها وعلى ولدها على احد عشر سهما لان قيمة المدفوعة وقت الدفع مائة وقيمة ولدها يوم الفكاك الف فجعل كل مائة سهما فجعلناه احد عشر وصار جميع الدين اثنين وعشرين سهما نصف ذلك في الولد الاول وعشرة اسهم في الولد الثاني وسهم في المدفوعة وسقط باعورارها نصف سهم فانكسر وضعفنا ليرتفع الكسر فصار اربعة واربعين ففي المدفوعة سهمان فسقط سهم من اربعة واربعين وبقي ثلاثة واربعون سهما فيفتكه بذلك وقال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع وروي عن ابي يوسف انه قال يفتكهم بخمسة اسداس الدين ويسقط سدس الدين ووجه ذلك ان القاتلة بعد الدفع قامت مقام المقتولة فكانها هي ولهذا لم يسقط شيء من الدين وان كانت قيمتها مائة فصار كان المقتولة حية وقد تراجع سعرها ولم ينتقص من بدنها شيء وولدت ولدين قيمة كل واحد منهما الف وقيمة الام يوم العقد الف فيقسم الدين عليهما على اعتبار قيمتها يوم العقد وعلى اعتبار قيمة كل ولد وهو الف درهم على قيمتهم يوم الفكاك فانقسم عليهم اثلاثا فلما اعورت سقط نصف ما كان بمقابلتها وهو الثلث وبقي نصفه وذلك سدس الكل فصار ما بمقابلة كل واحد من الولدين سهمين فصار بمقابلتهما جميعا

جميعا اربعة وبقي بمقابلة الام سهم فصار الكل خمسة اسداس وكان الباقي في سدس الكل فلهذا قال ابو يوسف ان الراهن يفتكهم بخمسة اسداس الدين ويسقط سدسه والصحيح مخرج الجامع لان قيمة القاتلة تعتبر يوم الدفع الذي هو سبب دخولها تحت ضمان الدين لا وجه الى غير ذلك وقال الشيخ ابو المعين وقيل المروي عن ابي يوسف قوله الاول وهو ظاهر القياس والمذكور في الكتاب قوله الآخر وهو الاستحسان وقال في الجامع الصغير ولو لم يذهب عين القاتلة لكن جاء عبد يساوي الفا وقتل هؤلاء الثلاث خطأ ودفع بهم جميعا لا يذهب من الدين شيء وجعل كان سعرهم تراجع حتى صارت قيمتهم جميعا الف درهم على ما بينا خلافا لزفر ثم العبد ينقسم على الجارية القاتلة وقيمتها مائة وعلى ولدها وقيمته الف وعلى ولد المقتولة الاولى وقيمته الف والمائة اقل فجعلت سهما فصار الالفان والمائة احدا وعشرين سهما بازاء القاتلة سهم وبازاء ولدها عشرة اسهم وبازاء ولد المقتولة الاولى عشرة اسهم على تقدير بقائهما بقيمتهما الى وقت الفكاك واذا انقسم العبد القاتل على احد وعشرين سهما صارت المقتولة الاولى وقيمتها الف على احد وعشرين سهما ايضا ولم يذهب شيء من الدين لان شيئا من بدن العبد لم ينتقص فيفتك العبد بجميع الدين وذلك الف درهم فلو ذهبت عين العبد ثم جاء الراهن فانه يفتكه بخمسة وعشرين جزءا غير نصف عشر سهم واحد من ستة وعشرين سهما من جميع الدين ويسقط سهم واحد ونصف عشر سهم من ستة وعشرين سهما من الدين وتخريجه ان عين العبد المدفوع لما ذهبت فقد ذهب منه نصفه وهو كان قائما مقام الاشخاص الثلاثة فقد ذهب مما قام مقام كل واحد منهم نصفه فذهب مما قام مقام ولد المقتولة الاولى نصفه وذلك خمسة لانه كان عشرة اسهم ونصف ما كان بازاء القاتلة وهو نصف سهم لانه كان سهما ونصف ما كان بازاء ولدها وهو خمسة لانه كان بمقابلته عشرة اسهم ولا يسقط بذهاب ما ذهب من العبد فيما قام مقام الولدين شيء من الدين على ما ذكرنا ثم بقي من قيمة كل واحد من الولدين خمسة خمسة فظهر انا لما انا القسمة بحسب قسمتنا على تقدير ان قيمة كل واحد منهما الف درهم وهي تبقى الى وقت الفكاك كذلك ولم تبق فعلم ان لم يكن بمقابلة كل واحد منهما الا

خمسة اسهم فليس تنا لف القسمة فيقسم الدين او لا بين المقتولة الاولى وعلى ما بقي
من قيمة ولدها الى يوم الفكاك وقيمتها يوم العقد الف والباقي من قيمة ولدها
الى ذلك اليوم خمسة اسهم خمست الى قيمة الام يوم العقد وهي الف وقد جعل العبد
المدفوع الذي قيمته الف درهم على احد وعشرين سهما فيكون كل الف هكذا او قيمة
المقتولة يوم العقد كانت الف فيصير على احد وعشرين سهما فالخمسة
الخمسة التي بازاء الولد اليه صار ذلك ستة وعشرين فيصير جميع الدين
مقسوما عليها وعلى ولدها على ستة وعشرين سهما احد وعشرون من ذلك
بمقابلة الام وخمسة منها بمقابلة الولد فلما قتلتها الجارية القاتلة ودفعت
مكانها تحول ما كان بازاء المقتولة وهو احد وعشرون سهما من ستة وعشرين
سهما من الدين اليها لقيامها مقامها ثم ولدت القاتلة ولدا يساوي الف درهم
انقسم ما بازاء الحية على قيمتها يوم الدفع وهو ما يزيد وعلى ما بقي من الولد الى يوم الفكاك
وذلك خمسة اسهم وقيمة القاتلة يوم الدفع مائة درهم وهي مثل عشر قيمة
المقتولة الاولى وهي الف درهم وذلك سهمان وعشر سهم لان قيمتها مما رث
احد وعشرين سهما وعشر ذلك سهمان وعشر سهم فانقسم ما بقي من الدين
في حصة المقتولة الاولى وذلك احد وعشرون سهما على قيمة القاتلة يوم دفعت
وذلك سهمان وعشر سهم وعلى ما بقي من قيمة فانه قام مقام ولد القاتلة من العبد
يوم الفكاك وذلك خمسة اسهم وجملته سبعة اسهم وعشر سهم فاذا ذهبت
عين العبد ذهب نصف ما بازاء الام من الدين فقد ذهب من احد وعشرين نصف
هذين السهمين وعشر سهم واحد من احد وعشرين سهما ويودي ما بقي فقد
سقط منه سهم ونصف عشر سهم فبقي عشرون سهما غير نصف عشر سهم
ضم اليه خمسة الاسهم التي كانت بازاء ولد المقتولة الاولى فيصير كله خمسة
وعشرين سهما غير عشر نصف سهم واحد فيفتك الراهن العبد المدفوع
بهذا كذا ذكر الشيخ ابو المعين في شرح الجامع الكبير ويأتي المسائل بعلم
في الجامع ان شاء الله قوله ولو رهن شاة بعشرة قيمتها عشرة وقال الراهن
للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب فشرب فلا ضمان عليه
في شي

في شيء من ذلك وهذه المسئلة مذكورة في البداية وانما ذكرها في الهداية على سبيل
التفريع والاصل فيه ان اتلاف الزيادة باذن الراهن بمنزلة اتلاف الراهن لانه هو
المالك لها فالاذن اليه وباتلاف الراهن يصير مقبوضا مضمونا كما اذا دام الى وقت
الفكاك مثاله ما قال في الزيادات رجل رهن رجلا شاة تساوي عشرة دراهم بعشرة
وقال الراهن للمرتهن ان تحلب لبنها وتشرب منه وتأكل ففعل صح لان صاحب الملك قد
رضي فاذا حضر الراهن فتلك الشاة بجميع الدين لان ما اتلفه المرتهن فكان الراهن
استرده ولو هلكت الشاة قبل ان يحضر الراهن ثم حضر فان الدين يقسم على قيمة
الشاة وقيمة اللبن فيقضي حصة اللبن لان فعل المرتهن نقل الى الراهن فصار
الراهن مستردا فصار لا مستوفيا من الدين فان كان قيمة اللبن خمسة صار بازائه
ثلث الدين فيسقط ثلثا الدين بهلاك الشاة ويؤدي ثلثه قال وكذلك لو ولدت
جديا فاذن له في ذبحه واكله ففعل فكانه اراد بالشاة المعزى حتى سمي الولد جديا
وقال في شرح الطحاوي ولو اكل المرتهن النماء باذن الراهن لم يسقط من دينه شيء
وكذلك لو اكل الراهن باذن المرتهن او الاجنبي اكله باذنهما جميعا لا يسقط من الدين
شيء ولا يجوز حصته من الدين الى الاصل بخلاف الهلاك لانه عند الهلاك جعل كانه
لم يكن رهنا وانما يجب الضمان على المستهلك لانه استهلكه باذن من له الملك والحق
جميعا حتى لو ان الاصل هلك بعد ذلك عند المرتهن هلك بحصته من الدين ان لو قسم
الدين على قيمته يوم رهن وعلى قيمة النماء يوم الاستهلاك وكذلك لو هلك الاصل
والنماء قائم ثم اكل المرتهن النماء باذن الراهن او اكله الراهن باذن المرتهن او اجنبي
باذنهما لم يسقط حصة النماء من الدين ويرجع على الراهن بخلاف الهلاك فلو اكله الراهن
بغير اذن المرتهن او المرتهن بغير اذن الراهن او اجنبي بغير اذنهما فان الاكل يغرم
قيمته ويقوم القيمة مقامه كذا في شرح الطحاوي قوله اما الاباحة فيصح تعليقها
بالشروط والخطر لانها اطلاق وليس بتمليك وانما قال ذلك لان كلمة ما في قوله فما
حلبت متضمنة معنى الشرط قوله قال ويجوز الزيادة في الرهن ولا يجوز في الدين
عند ابي حنيفة ومحمد ولا يصير الرهن رهنا بهما اي قال القدوري في مختصره قال
الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره قال اصحابنا جميعا في رجل رهن رجلا عبدا يساوي

الفا بالف ثم اراد ان يزيد في الرهن شيئا يساوي الفا فان الزيادة جائزة عندهم جميعا
ويقسم الدين الذي رهن به اولا على قيمة الاول يوم قبض رهنا وعلى قيمة الزيادة
ايضا يوم قبضت فاذا كانت قيمة الاول يوم قبض الفا وقيمة الزيادة يوم قبضت
الفا كان الدين فيهما نصفين وان كانت قيمة الزيادة خمسمائة كان في الزيادة
ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين وان كانت قيمة الزيادة مائتين والاصل الفا
ففي الزيادة سدس الدين وعلى هذا يقع القسم في الزيادة والاصل الى هنا لفظ
الكرخي رحمه الله اولا ان المراد من عدم الزيادة في الدين عند ابي حنيفة وابي يوسف
ان لا يكون الرهن بها مضمونا فاما الزيادة في نفسها فجائزة بالاتفاق ثم اعلم ان
الخلاف ههنا في موضعين في الزيادة في الرهن وهي جائزة عند اصحابنا الثلاثة خلافا
لزفر والشافعي وهو القياس وجه القياس ان الزيادة في الرهن توجب تغيير الضمان
الذي اوجبه القبض وذلك لا يجوز مع بقاء القبض كالغصب وجه الاستحسان ان
الزيادة تلحق على وجه لو كانت موجودة في ابتداء العقد صحت الا ترى انه لو رهن
العبدين ابتداء بالدين جاز فكذلك اذا الحق احدهما بالاخر كالزيادة في المبيع وليس كذلك
الزيادة في الدين لانها لا تلحق على وجه لو كانت موجودة في ابتداء العقد ثم يقع الا ترى انها
في القسمة مفردة عن الاولى فكانه قال رهنتك بعض هذا العبد بكذا وبعضه بكذا
ولان الرهن وثيقة فجاز ان يلحق به وثيقة اخرى كالكفيل بعد الكفيل بدين واحد
ولان الزيادة في الرهن زيادة فيما وقع عليه العقد كالزيادة في المبيع والثمن فاما الزيادة
في الدين فزيادة فيما لم يقع عليه العقد الا ترى ان الدين يثبت بعقد المداينة لا بعقد
الرهن والزيادة لا تلحق بما لم يثبت بالعقد فاذا لحقت الزيادة اعتبر قيمة الاصل يوم
القبض وقيمة الزيادة يوم قبضها لان كل واحد منهما دخل في الضمان بالقبض ويقسم
الدين على قدر القيمتين والموضع الثاني الزيادة في الدين ففيه خلاف ايضا قال ابو
الحسن الكرخي في مختصره والزيادة في الرهن تجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد والحسن
ابن زياد وقال في الاصل ان ذلك يجوز استحسانا والقياس ان لا يجوز وان زاده الراهن في
الدين على ان يكون الزيادة في الرهن كان ذلك لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد وهو جائز عند ابي
يوسف والحسن بن زياد وقال لا يجوز زيادة الرهن في الرهن ولا زيادة الدين فيه الى هنا

لفظ الكرخي رح وقول الشافعي في الجديد في الزيادة في الدين كقول ابي حنيفة ومحمد وقوله في
القديم كقول ابي يوسف وجه قول ابي يوسف ان الزيادة تلحق بالعقود وتصير كالموجود فيه
فكانه رهنه ابتداء بالدينين لان الرهن في مقابلة الدين مضمون به كالمبيع والثمن فلما
جازت الزيادة في الرهن فكذلك فيما هو مضمون به كما جازت الزيادة في المبيع والثمن
ووجه قول ابي حنيفة ومحمد ان الزيادة في الدين تلحق على وجه لا يجوز في الابتداء الا ترى
ان كل الرهن مشغول بالدين الاول فاذا لحقت الزيادة انتقل الدين الاول الى نصف الرهن والثاني
الى نصفه ولو رهنه ابتداء نصف العبد بدين ونصفه بدين اخر لم يجز فكذلك في الثاني
لان ذلك يؤدي الى الشيوع في الرهن ولان الزيادة في العقد انما تجوز في المعقود
عليه والدين لم يثبت بعقد الرهن وانما يثبت بالمداينة فكان الزيادة فيه زيادة
فيما لم يقع عليه العقد فلا يلحق به ولهذا تجوز الزيادة في الرهن لانها زيادة في المعقود
عليه وصورة المسئلة ما قال في شرح الطحاوي وهو ان يرهن عند رجل عبدا يساوي
الفين بالف درهم ثم استقرض الراهن من المرتهن الفا اخرى على ان يكون العبد رهنا
بهما جميعا فانه يكون رهنا بالالف خاصة عند ابي حنيفة ومحمد وزفر ولو هلك هلك
بالالف الاولى ولا يهلك بالالفين وان كانت قيمته الفين ولو قضى الراهن الالف فله
ان يفتكه من الالف الاولى خلافا لابي يوسف قوله والمنكوحة اي وفي زيادة
المنكوحة صورته زيادة فيما اذا زوج رجل امته من رجل بمهر مسمى ثم زوجه امة اخرى معه بذلك
المهر وقبل الزوج يصح وينقسم الالف عليهما عندنا قوله وقد ذكرناه في البيوع
اي في الفصل الذي ذكره في المرابحة والتولية قوله في الخلافية الاخرى اي في مسئلة
الزيادة في الدين قوله والالتحاق باصل العقد في بدلي العقد جواب عن قول ابي يوسف
يعني ان الالتحاق باصل العقد انما يكون فيما هو معقود عليه كالمبيع او معقود به
كالثمن ولهذا اختار الزيادة في الرهن الحاقا باصل العقد لانه معقود عليه والدين غير
معقود عليه في عقد الرهن ولهذا لا يسقط بفسخ الرهن ولهذا لم يجز الزيادة في
الدين بخلاف زيادة الثمن في البيع لان الثمن احد بدلي العقد قوله ويسمى هذه
زيادة قصدية اي الزيادة في الرهن زيادة قصدية حتى يقسم الدين على الاول يوم
قبض وعلى القيمة الزيادة يوم قبضت وبيان ذلك مر قبيل هذا وهو احتراز عن الزيادة

التفصيلية وهي زيادة النما وعنه يقسم الدين على قيمة الاصل يوم القبض على قيمة
النما يوم الفكاك قوله واذا رهنت المولودة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا قيمته
كل واحد الف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة
ذكره على سبيل التفريع قال الكرخي في مختصره قال الحسن بن زياد قال ابو حنيفة في رجل
ارتهن جارية بالف تساوي الفا فولدت ولدا يساوي الفا ثم ان الراهن زاد المرتهن
غلاما يساوي الفا فقال هذه زيادة لك مع الامة كان الغلام رهنا مع الجارية وكانت الام
وولدها رهنا بخمسمائة فان مات الولد صارت الام رهنا بخمسمائة وان زاد الولد حتى
صار يساوي الفين صار رهنا بثلثي خمسمائة الى هنا لفظ الكرخي رح وذلك لانه لو الحق
الزيادة لحقت بالام فاذا شرط ذلك فقد اشترط ان لا يدخل فاذا دخلت مع الام انقسم
الدين عليهما ثم انقسم ما في الام عليها وعلى ولدها بحسب قيمته يوم الفكاك قال
الكرخي رح قال ولو لم يزد الغلام مع الام وزاده مع الولد فقال هذا زيادة في الولد
بما في عنق الولد من الرهن ثم زاد الولد حتى صار يساوي الفين كان هو والغلام رهنا
بثلثي الالف فان مات الولد صار الغلام رهنا بغير شيء ورده على الراهن الى هنا لفظ
الكرخي رح وانما جازت الزيادة في الولد لان الولد لاحصة من الدين في الظاهر وللراهن غرض
في ادخال الزيادة على الولد دون الام فصح حل حصته وانقسم ما في الولد على قيمته وقيمة
الزيادة فاذا مات الولد عاد حصته الى الام وصار كان لم يكن فالزيادة دخلت على غير
رهن فليسقط حكمها كذا ذكر القدوري في شرحه وقال الكرخي في اول باب الزيادة في الرهن
بعد الولادة قال ابن سماعة عن محمد في نوادره سمعت محمدا قال في رجل رهن عند رجل
امة بالف قيمتها الف فولدت ولدا يساوي الفا ثم ان الراهن زاده في الرهن عبدا
يساوي الفا قال فان العبد يكون رهنا بنصف الالف ولا يحتسب بالولد لاني انما اجعل
الزيادة في اصل الرهن مع الامة وقيمتها الف وقيمة الزيادة الف فصار في العبد
الزيادة من الدين خمسمائة وفي الجارية وولدها خمسمائة فان مات الولد لم ينقص
الذي لم ينقص مما كان في العبد الزيادة من الدين شيء ولم يزد فيه وكذلك لو اعتقت الولد
ولكن الولد زادت قيمته فصارت تساوي الفين او ولد للولد ولد يساوي الفا
او ولدت الامة ولدا اخر يساوي الفا فان الدين في العبد الزيادة لا يتغير فيه

جسمانية

خمسمائة على حالها الى هنا لفظ الكرخي رح وذلك لان الولد داخل في حصة الام ولا يتغير
نصفا به ولا بموته ولا بزيادة حكم العبد الذي لم يدخل حصة وانما يختلف به حكم
الامة فان مات عاد ما قبله الى الام فان زادت قيمته انتقل اليه بعض ما فيها وان
نقصت قيمته انتقل بعض ما فيه الى الام ثم قال الكرخي ولو ماتت الامة وبقي ولد ها
وقيمته الف مثل قيمة الام فان الام تذهب بمائتين وخمسين وذلك لان الدين
انقسم فيها وفي الزيادة نصفين فاصابها خمسمائة ثم انقسمت عليها وفي ولدها
نصفين ثم قال الكرخي ولو ازدادت قيمة الام بتغير ما في الزيادة ولم ينقص ذلك
ولم يزد وذلك لان قيمة الام تعتبر يوم القبض ما يتجدد بعده من الزيادة والنقصان
لا يتغير حكم القيمة فيه قال ابو الحسن الكرخي وكذلك اذا زاده عبدا مع الجارية
قبل الولادة ثم ولدت الامة بعد ذلك او لا او لسواء وذلك لان الولد اذا دخل في حصة
الام خاصة فلا فرق بين حدوثه قبل الزيادة وبعدها واليا في يعلم في مختصر الكرخي
وشرحه للقدوري قوله قال فان رهن عبدا يساوي الفا بالف ثم اعطاه عبدا اخر
قيمته الف مكان الاول فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والمرتهن في الاخر امين حتى
يجعله مكان الاول اي قال محمد في الجامع الصغير وذلك لان تمام عقد الرهن لما كان
بالتسليم الى المرتهن كان تمام نقضه بالرد على الراهن فاذا لم يوجد الرد بقي الاول رهنا
كما كان ومن ضرورة بقائه ان لا يثبت الثاني لانه يحل الثاني مكان الاول ومكانه
مشغول فلا يصح ان تقوم مقامه ما دام الاول في مكانه لان الشيء انما يقوم مقام الشيء
عند عدمه فاذا لم يثبت الثاني رهنا كان امانة عنده فاذا رد الاول انتقض الرهن فيه
وقام مقام الاول باعتبار يده عليه لان يد الامانة تنوب عن يد الراهن لان الراهن
في حق القبض بمنزلة الهبة وقال في الجامع الصغير وهو في الثاني امين حتى يجعله مكان
الاول قال فخر الاسلام البزدوي ومن مسائل الجامع قال الكرخي بقبضه فيصير مستانفا
لم يصر مضمونا لان القبض الاول لم يوجب الضمان فلا بد من قبض اخر لان قبض الامانة
لا ينوب عن قبض الضمان وسنة هذا ان رجلا له دين استوفاه زيوفا ثم استبدل بها جيادا د
ولم يرد الزيوف انه لا يجبر الجياد ما لم يرد الزيوف فاذا ردها احتاج الى قبض اخر لضمان
الجياد فكذلك ههنا قوله ولو ابرأ المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه ثم هلك ها

الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء استحسانا خلافا لزفر وهذه المسائل من هنا الى آخر كتاب
الرهن ذكرت على سبيل التفريع قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في باب الرهن يهلك في
يد المرتهن بغير ضمان من مختصره واذا ارتهن الرجل من الرجل عبدا بالف وهو قيمته
وقبضه ثم ان المرتهن ابرأ الراهن من الدين او وهبه له ثم هلك الرهن في يد
المرتهن ولم يحدث منه منعا بعد الهبة او البراءة فانه يهلك بغير شيء ولا ضمان على
المرتهن فيه استحسانا والقياس ان يضمن وهو قول زفر جميعا الى هنا لفظ الكرخي
رح قال في شرح الكافي والقياس قول زفر وجه قوله ظاهر وهو ان الضمان في باب
الرهن انما وجب باعتبار القبض والقبض الذي به يصير العين مضمونا قائم والكلام
الدين قائم لم ينعدم بالابراء فصار كما بعد الابراء وقبله سوا الا ترى انه لو استوفى
الدين لا يخرج من ان يكون مضمونا وان انعدم الدين بالاستيفاء كما ينعدم بالابراء والدليل
على ان قيام الدين ليس بشرط لوجوب الضمان بالقبض في باب الرهن انه لو رهن عبدا
عند انسان ثم تصادقا ان لا دين عليه ثم هلك العين هلك مضمونا ولا فرق بين
دين ظهر انعدامه بالتصادق وبين دين انعدم بالابراء وكذلك لو قبضه ليقرضه
فهلك قبل الاقراض هلك مضمونا ولهذا قالوا لو اعطى رهنا مكان الرهن الاول ولم
يقبض الاول حتى هلك كان مضمونا لان القبض الموجب في الضمان للضمان باق ولنا
طريقان في المسئلة احدهما انه فات المضمون به فلا يبقى الضمان وهذا ظاهر لان
الضمان لا يتصور بدون المضمون لانه وصف للدين ولا قيام للوصف بدون الموصوف
وقلنا فات المضمون به بالابراء فان المضمون به هو الدين لان عندنا الرهن مضمون
بالدين لانه عقد استيفاء الدين وفات الدين بالابراء كان في اشارات الاسرار
وهذا الخلاف ما لو استوفى لان الدين لم ينعدم بالاستيفاء بل تقرر حتى تقرر ضمانه ووجه
آخر انه بالابراء محل حكما هو تحرر من ان يثبت فيه منه شيء نقض فصح دينا موجلا او ابرأت
المراة زوجها عن صداقها قبل الدخول ثم طلقها الزوج قبل الدخول فانه لا يرجع الزوج
عليها بشيء وهذا الكلام ظاهر الاثر ايضا لان حكم السبب حق استوفى مدة لا يستوفى
ثانيا واما قلنا انه استحال لان حكم هذا السبب عند الهلاك سقوط الدين عن
ضمانه وهو ليس بسقوط مضمون بل يستند الى القبض السابق لانه انما يسقط الدين

حكما

حكما للاستيفاء لحكما وانما يثبت ذلك من وقت القبض فيثبت السقوط من وقت القبض
فصار استيفاء الدين ايضا الحكم المستحق عليه فلا يستوفى ثانيا كذا في شرح الكافي
والجواب عن فصل التصادق انه ان كان لحد هلاك العين وقد وقع مضمونا وتقرر
حكمه بالهلاك لا يتغير بالتصادق لانه انما يتغير بالتصادق حكم قابل للتغيير والهلاك لد
لا يقبل التغيير ولو كان في حالة القيام اختلف المشايخ في ذلك قال شيخ الاسلام علاء
الدين الاسبيجابي في شرح الكافي والصحيح انه لا يضمن لما قلنا لفوات المضمون به
ولو منعه المرتهن حتى مات ضمن قيمته لان الامانة تضمن بالمنع قوله وكذلك
عند توهم الوجود كما في الدين الموعود اي الرهن مضمون بجهة الدين عند توهم
وجود الدين كما اذا قبض الرهن ليقرضه فهلك قبل الاقراض هلك مضمونا قوله وكذا
اذا ارتهنت المراة رهنا بالصداق فابرأته او وهبته او ارتدت قبل الدخول او اختلعت
ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله قال الكرخي في مختصره وكذلك امرأة
كانت رهنا بصداقها ثم طلقها زوجها قبل ان يدخل بها وهلك الرهن في يدها فلا ضمان
عليها في نصف الصداق الذي سقط بالطلاق وذهب الرهن بما بقي من الصداق وكذا
لو ارتدت قبل الدخول ثم هلك الرهن في يدها لم يكن عليها ضمان الى هنا لفظ الكرخي رح
وذلك لان الصداق يسقط نصفه على وجه لا يتعلق به ضمان فصار كسقوطه بالبراءة
وقال في شرح الكافي وكذلك لو اختلعت منه قبل ان يدخل بها ثم لم تمنعه حتى هلك
وقد ابرأته من الصداق ولو منعت تضمنه قيمته بلا خلاف لانها غاصبة وليس لها
حق المنع وقال الكرخي في مختصره فان تزوجها على غير صداق مسمى واخذت منه رهنا
بمهر مثلها ثم طلقها قبل ان يدخل بها بطل مهر المثل ووجب لها المتعة وليس لها ان تحبس
الرهن بالمتعة عند ابي حنيفة وابي يوسف في قوله الآخر وان هلك الرهن في يدها ولم
تمنعه ولم تمنعه بالمتعة يهلك بغير شيء ورجعت على الزوج بالمتعة وقال محمد استحسن
ان تحبس الرهن بالمتعة فان هلك الرهن في يدها هلك بالمتعة الى هنا لفظ الكرخي قال
القدوري في شرحه وجه القياس هو قول ابي يوسف الآخر ولم يذكر قول ابي حنيفة في
الاصل وانما ذكره ابو الحسن ان المتعة دين حادث ليس ببدل عن مهر المثل ولا جزء منه
بدلالة انهما يجتمعان لان عن البضع فلا يكون احدهما بدلا عن الآخر واحدهما من جنس

الامان تعتبر قيمة المثل والاجر ومن حلف من الثياب تعتبر المتعة فلا يكون لجزاء او الرهن بالدين لا يكون رهنا بدين آخر حادث لسبب بعد لعدم الاول والاجر رهنه ولسبب كذلك الرهن بالمسلم فيه اذا انفسخ انه يكون رهنا براس المال استحسانا فلان راس المال بدل عن المسلم فيه كالرهن بالمبيع يكون رهنا بعد له كمن اخذ رهنا بالعين المغصوبة فتلفت صار رهنا بقيمتها ولان الرهن بمهر المثل لو صار رهنا بالمتعة لهلك بمهر المثل ولم يهلك بالمتعة لان قيمته وقع موجبا للضمان بمهر المثل الا ترى ان الرهن بالمسلم فيه لما صار رهنا براس المال هلك براس المسلم فيه الذي لوجد القبض ولم يجعله هالكا بمهر المثل دل على انه ليس عصمه وحده وهو قول ابو يوسف الاول ان الرهن مضمون بموجب العقد موجب العقد مهر المثل قبل الطلاق والمتعة بعده فكان رهنا بكل واحد منهما الا ترى ان الرهن بالمسلم فيه رهن بموجب العقد وتارة يكون ذلك المسلم فيه وتارة راس المال والا حكمه هالكا بالمتعة ولم يجعله هالكا بمهر المثل لان مهر المثل سقط لسبب لا يوجب الضمان فلم يجز ان يصير الرهن مضمونا به والتبين كالرهن بالمسلم فيه اذا اهلك بعد الاقالة انه يكون هالكا بالمسلم فيه لانه سقط بالاقالة وهو سبب موجب للضمان والله اعلم قوله ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن او بايفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى من استوفى منه وهو من عليه او المتطوع بخلاف الابراء يعني في صورة الابراء يهلك بغير شيء وفي غير هذا في منتهى المبسوط من استاد قبض المرتهن حقه ثم هلك الرهن ولم يمنعه من قبضه وفيه مثل الذي قبض لانه استوفى الدين مرة فيرد احديهما وقال في شرح الطحاوي ولو هلك الرهن في يده بعد استيفاء الدين رد ما استوفى للراهن لان سقوط الدين عن الراهن بغير عوض فاذا اهلك في يده تحوله هلك امانة استحسانا وقال زفر يهلك بغير شيء بقيمته عما عليه كما لو استوفى وقال في الشامل ايضا قضى اجنبي دين المرتهن تطوعا ثم هلك الرهن يرد المال على المتطوع لان المتطوع بقود ادينه بدله لانها كنت تستوفيه عند هلاك الرهن وقد استوفيته تخرج من العهدة كذا في الشامل وفيه خلاف زفر وكذا الخلاف فيما اذا تطوع باداء مهر امراة بعينه ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها يرجع المتطوع عليها بالنصف ذلك وعند زفر يرجع الزوج عليها بذلك وعلى هذا لو اشترى عبدا او تطوع رجل باداء ثمنه

ثم

ثم رد العبد بعيب يرجع المتطوع على البائع بالثمن عند زفر ويرجع الزوج عليها بذلك وعلى هذا لو اشترى عبدا وتطوع رجل بادائه بالثمن وعند زفر يرجع المشتري على البائع بالثمن لانهم ان المتطوع فضولي عن هؤلاء فصار كالقضاء هؤلاء وصار كما لو قضى بامر هؤلاء ولنا انه لم يملكه المودى عنه وتبين ان المتطوع ادى دينا غير واجب فيجب الرد عليه بخلاف ما اذا ادى بامرهم لانه يرجع عليهم بما ادى فيملكونه بالضمان كذا في المختلف قوله وجه الفرق ان يبين هلاك الرهن بعد استيفاء الدين حيث يهلك بالدين وبين هلاكه بعد الابراء حيث يهلك بغير شيء ان بالابراء لا يسقط الدين اصلا ولا يبقى الضمان بعد انعدام المضمون به وهو الدين وبالاستيفاء لا يسقط الدين اصلا لقيام الموجب للضمان وهو قبض الرهن ولكن مع هذا ان تعذر استيفاء المرتهن لانه لا فائدة فيه لانه اذا استوفى ثانيا يطالبه الراهن بمثله ثم لما كان الموجب ثابتا بعد استيفاء الدين تقرر الاستيفاء الاول وهو الاستيفاء الحكمي باستناد حكم الاستيفاء الى وقت قبض الرهن فينتقض الاستيفاء الثاني وهو الاستيفاء الحقيقي قوله وكذا اذا اشترى بالدين عينا او صالح عنه على عين معطوف على قوله ولو استوفى المرتهن الدين الى قوله ويجب عليه رد ما استوفى يعني اذا اشترى المرتهن بالدين عينا من الراهن سقط الدين عن الراهن بطريق المقاصة ويجب على المرتهن رد الرهن على الراهن فلو هلك قبل ان يرد يجب عليه رد قيمته وكذا اذا اصلح المرتهن مع الراهن عن الدين على عين يجب عليه رد الرهن ان كان قائما وقيمته ان هلك بعد الصلح قوله لانه استيفاء اي لان الصلح عن الدين على العين استيفاء للدين قوله وكذلك اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو احال الراهن المرتهن بالمال على رجل ثم مات العبد قبل ان يرده فهو بما فيه بطلت الحوالة وذلك لان البراءة بطريق الحوالة تتنزل منزلة البراءة بطريق الاداء على معنى انه لعقد الحوالة يزول عن حلكه مثل ما لو اخذ لانه ان كان للمحال عليه دين يصير ذلك للمحتال عليه عند اداء الدين او يرجع بمثله عليه ان لم يكن عليه دين فصار عند ذلك كالوكيل اعني ان المحتال عليه بمنزلة الوكيل عن المحيل فيثبت ان هذا براءة وقعت بطريق الاداء فلا يخرج الرهن من ان يكون مضمونا فاذا اهلك بالدين بطلت الحوالة لانه يتبين حكم الاستيفاء عند الهلاك الى القبض السابق فتبين انه صار بالدين وادى بين قوله وهابرجع عطف على قوله فكان اي يزول عن ملك المحيل ايضا مثلما يرجع المحتال عليه على المحيل ان لم يكن للمحيل على

المحال عليه دين قوله وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم
وجوب الدين بالتصادق على قيامه قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو ارتهن عبدا بالف
درهم ثم تصادقا انه لم يكن له عليه شي وقيمة العبد فعلى المرتهن ان يرد
اليه الف درهم قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرحه الذي هو مبسوطه وهذا
لانه قبضه على ظاهر الدين فلا يكون دون المقبوض على سوم الدين ثم المقبوض على سوم
القرض مضمون عليه حقيقة قياسا ومنه ولم يحققه فكذا المقبوض على ظاهر الدين
قال هذا اذا تصادقا بعد هلاك الرهن اما اذا تصادقا قبل هلاك الرهن ثم هلك
الرهن اختلف مشايخنا في ذلك والصواب انه لا يهلك مضمونا عليه لانهما اذا تصادقا
ان لا دين عليه فقد غيرا وصف الرهن حيث ابطلا الحق الذي به صار مضمونا وهو
قابل للتغير قبل الهلاك فصار ذلك بمنزلة الابراء عن الدين وقد ذكرنا ان الابراء يخرجه
من ان يكون مضمونا بالقبض فهذا كذلك قوله بخلاف الابراء يتصل بقوله يهلك
بالدين يعني ان المرتهن اذا ابرأ الراهن عن الدين ثم هلك الرهن في يده هلك بغير شي
وقد مر بيانه

كتاب الجنايات

مناسبة الجناية بالرهن من حيث الحكم
لان حكم الرهن هو صيانة الدين عن التوى والتلف بوثيقة الرهن فكذا حكم الجناية صيانة
النفس عن الهلاك الا ترى الى قوله تعالى ولكم في القصاص حياة ولكن قدم الرهن لانه
مشروع بالكتاب والسنة بخلاف الجناية فانها محظورة لانها عبارة عما ليس للانسان
فعله وكل ما لا يجوز فعله اذا فعل يسمى جناية سواء وقع على النفس او على المال الا ان في
هذا الاسم تعرف اهل الشرع بما وقع على الادمي ويسمى جناية وما وقع على المال يسمى غصبا
وللعرف تأثير في تخصيص الاسامي وانما قدم كتاب الجنايات على كتاب الديات لان الجناية
سبب الدية والحكم يعقبه لا محالة وقدم محمد في الاصل كتاب الديات على كتاب الجنايات
وكذلك فعل الكرخي في مختصره لانه اراد ان يبين احكام الجنايات والحكم هو المقصود من السبب
قوله قال القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطا وما اجري مجرى الخطا والقتل
بسبب اي قال القدوري في مختصره والعمد فيه فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما
اجري مجرى السلاح في تفريق الاجزاء كالمحدد من الحجر والخشب والنار وبيان كل ذلك يجيء
بعد هذا في المتن قال صاحب الهداية والمراد بيان قتل يتعلق به الاحكام يعني ان المراد من

القتل

القتل ما اذا وجد تترتب عليه حكم القصاص والدية والكفارة وحرمان الارث وانما قيد بهذا لان
القتل قد يوجد اكثر مما ذكروا لا يترتب عليه شي من الاحكام المذكورة والقتل المرتد والقتل
قصاصا والقتل رجما والقتل صلبا كما في قطاع الطريق وقتل الحربي ثم القتل عبارة عن
ازهاق الروح بفعل شخص وان كان ازهاق الروح بلا فعل مخلوق يسمى ذلك موتا وقد قال
في الاصل ان القتل على ثلاثة اوجه عمد وشبه عمد وخطا ونقل الشيخ ابو جعفر الطحاوي
في مختصره والشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره هذه العبارة وقال القدوري في شرحه وكان
ابو بكر الرازي يقول القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطا وما اجري مجرى الخطا وليس
بعمد ولا خطا ولا اجري مجرى الخطا وتبعه القدوري في مختصره في تقسيمه على خمسة وصاحب
النافع قال القتل على اربعة اوجه عمد وشبه عمد وخطا والقتل بالتسبيب ولم يذكر ما اجري
مجرى الخطا لان حكمه حكم الخطا فلم يفرده بنوع على قوله قال فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح
او ما اجري مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة فاما الليطة القصب
فقشره والمروة واحدة المرو وهي حجارة رقاق بيض وانما فسر العمد بذلك لان المراد من العمد
القصد الى القتل ومعرفته من الجناية وهي غير محسوسة لا يمكن معرفتها الا بدليلها لكونها باطنا
فاقيم القصد الخفي بدليل الالة وهو استعمال الالة الجارحة الكاملة في الظاهر والباطن
عادة مقامها فيعرف عند ذلك كونه قاصدا القتل قال في شرح الطحاوي فالعمد ما تعمد
قتله بالحديد كالسكين والسيف او ما كان في الحديد سواء كان له حدة يبضع بضعا او ليس
له حدة ولكن يرض رضا كالعمود وسنجات الميزان وغيرها او كخز بالرمح او بالابرة او باره
لا شي بعد ان يقع عليه اسم الحديد سواء كان الغالب عليه الهلاك او لم يكن لان الحديد منصوص
عليه لقول النبي صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف وفي رواية لا قود الا بالسلاح وفي
رواية لا قود الا بالحديد والمنصوص عليه لا يعتبر فيه المعنى وكذلك ما كان من جنس
الحديد مثل الصفر والرصاص والذهب والفضة والنحاس والانك سواء قتله بضعا
او رضا وما كان من غير جنس الحديد ان عمل عمل الحديد فهو عمد والا فلا كما اذا احرقه بالنار فهو عمد
لانها تعمل عمله لانها تشق الجلد وكذلك ما له حد يعمل عمل السيف كالزجاج وليطة القصب وحجر
له حد لما يبضع بضعا او يطعن بخشب له حد لما يجرح فهذا يعمل عمل الحديد فهو عمد الى
هنا لفظ شرح الطحاوي وقال فخر الدين قاضيخان في فتاواه وفي ظاهر الرواية في الحديد

وما يشبهه لحديده كالنحاس وغيره لا يشترط الحرج لوجوب القصاص وقال في الاختيار ذكر
في الشروط الكبير لابي جعفر الطحاوي انه لا قصاص في العمود من الحديد لانه لا يجرحه قوله
وموجب ذلك المأثم هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه والقود الا ان يعفو الاولياء
ولا كفارة فيه الى هنا لفظ المختصر اما وجوب الاثم بالقتل العمد فلقوله تعالى ومن يقتل
مومنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها قال صاحب الهداية وقد نطق به غير واحد من السنة
بيانه فيما حدث في الصحيح البخاري والسنن مسندا الى عمرو بن شرحبيل قال
قال عبد الله قال رجل يا رسول الله اي الذنب اكبر عند الله قال ان تدعو لله ندا
وهو خلقك قال ثم اي قال ان تقتل ولدك خشية ان يطعم معك قال ثم اي قال
ثم ان تزاني حليلة جارك فانزل الله تصديقها والذين لا يدعون مع الله الها اخر ولا
يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ولا يزنون الاية وحدث البخاري ايضا باسناده الى انس
ابن مالك عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اكبر الكبائر الاشراك بالله وقتل النفس وعقوق
الوالدين وقول الزور وقال وشهادة الزور وحدث البخاري ايضا باسناده الى عبد الله
ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لن يزال
المومن في فسحة من دينه ما لم يصب دما حراما وحدث البخاري ايضا باسناده الى ابن عمر
انه قال ان من ورطات الامور التي لا مخرج لمن اوقع نفسه فيها سفك الدم الحرام بغير حله
واما وجوب القصاص فلقوله تعالى يا ايها الذين امنوا كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله
تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله تعالى ولكم في القصاص حياة وشرائع
من قبلنا تلزمنا على انه شريعة رسولنا ما لم يثبت نسخها وقوله تعالى ومن قتل مظلوما
فقد جعلنا لوليه سلطانا والسلطان القتل بدلالة قوله تعالى فلا يسرف في القتل
وانما قيدنا بالعمد وان كان النصوص مطلقة لان القصاص عقوبة محضة فيجب ان تكون
سببها ايضا جناية محضة وهو العمد وهذا لان الخطا فيه صفة الاباحة او لقوله عليه
السلام العمد قود اي حكم العمد قود وقوله لا شرع لها دون ذلك اي لا شرع ثابت
للعقوبة المتناهية دون الجناية المتكاملة وتكامل الجناية بالعمد لا بالخطا وقوله
الا ان يعفو الاولياء او يصطلحوا استثناء من قوله وموجب ذلك المأثم والقصاص الا اذا عفا
اولياء القتيل عن القصاص او صالحوا على مال فحينئذ يسقط القصاص لان الحق لهم فلهم
ان

ان يتصدقوا فيه عفوا او صلحا والاصل فيه قوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء فاتباع بالمعروف
واداء اليه باحسان اختلف في تاويل قوله فمن قال بعضهم فمن كتب به عن القاتل وكذلك
قوله عفي له اي عنه ومعناه اذا عفى الولي عن القاتل فليسمح باخذ الدية بالمعروف من القاتل تل
او الى ويؤدي القاتل الدية اليه باحسان وقوله فاتباع بالمعروف واداء مصدر بمعنى الامر
اي فليتبع وليؤد كقوله تعالى فضرب الرقاب بمعنى فاضربوا الرقاب وقد تعلق الشافعي
بهذا التاويل واحتج بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في رجل الخثعمي في قاتل
اخيه فقال اتعفو عنه فقال لا فقال اتاخذ الدية قال لا فقال اتقتله قال نعم
عرض عليه الدية ولو كان عين حقه لم يعرض عليه وعنده عليه السلام ولي القتيل بين خيرتين
بين قتيل واخذ الدية وقال بعضهم تاويل قوله فمن عفي له من اخيه شيء هو الولي دون القاتل
لانه قال فمن عفي له والقاتل هو المعفو عنه فاما المعفو له فهو الولي ولانه قال فاتباع
بالمعروف اي فليتبع وهذا امر دخل تحت كلمة من والقاتل لا يتبع احدا بل هو المتبع وانما
الولي يتبع فدل على ان المراد من الداخل تحت كلمة من هو الولي ومعناه فمن بذل واعطي من
اخيه شيء بطريق الفضل والسهولة واتباع بالمعروف ويجوز استعمال لفظ العفو بمعنى
البذل والاعطاء لغة على ما قيل خذ ما اتاك عفوا صفوا اي فضلا وهكذا عن ابن عباس
في تاويل عفي له اي اعطي قال الامام ابو منصور الماتريدي وهذا التاويل هو الصحيح
عندنا والواجب هو القود بطريق التعيين في قتل العمد لان صدر الاية يدل عليه وهو
قوله تعالى كتب عليكم القصاص اخبر ان المكتوب والمحكوم عليه هو القصاص فلو كان
الخيار بين القصاص والعفو واخذ الدية من القاتل شيئا او الى لم يكن القصاص مكتوبا
عليه انما المكتوب عليه احدهما كما في كفارة اليمين وكذلك لا يقال ان المكتوب عليه هو
الاعتاق بل احد الثلاثة فلما كتب القصاص دل على ان اخذ الدية كالخلف عنه ولقوله
عليه السلام العمد قود الا ان يعفو وعنده الا ان يتفادى والمفاداة فعل بين اثنين فهذا
يقتضي ان لا يجوز الاخذ الا عن تراض واصطلاح منهما جميعا كذا في شرح التاويلات
وقوله تعالى ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فيه اباحة العفو واباحة اخذ المال بطريق الصلح
خلاف ما هو في حكم التوراة والانجيل فانه قيل كان في التوراة القتل لا غير وفي الانجيل
العفو بغير بدل ويحتمل ان كان العفو والتوراة مشروعا والقتل مشروعا عرفنا ذلك

ذلك بإخبار الله تعالى في كتابنا بقوله وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس الى قوله تعالى
فمن تصدق به فهو كفارة له اي فمن عفا دل ان العفو كان مشروعا في التوراة ويحتمل
ان الامر كما قيل ان العفو فيها غير مشروع ويكون قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان
النفس بالنفس إخبارا ان القود شرع لنا ولغيرنا وتم الاخبار الى قوله تعالى والجروح
قصاص ثم يكون قوله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له بيان ابتداء الشرع الحقوق
شريعتنا على الخصوص لا إخبارا عن شريعتهم والله اعلم كذا في شرح التأويلات
ثم انما يجب القصاص والعمد اذا كان القاتل من اهل العقوبة بأن يكون عاقلا بالغا
مخاطبا مسلما كان او كافرا ذكرا كان او انثى حرا كان او عبدا والمقتول معصوم الدم على التأبيد
وليس بينهما شبهة ملك ولا شبهة الولاء والولادة اي لا يكون ولده وان سفل
وان لا يكون مملوكه فانه يجب على القاتل القصاص ويقتص بالسيف ولا يقتل
بما قتله لان المماثلة في القصاص ليس بشرط عندنا وعند الشافعي يقتل
بما قتله كذا في شرح الطحاوي ومن احكام العمد ايضا حرمان الميراث لقوله
عليه السلام لا ميراث لقاتل وقال عبيدة السلماني لا ميراث لقاتل بعد صاحب
البقرة قوله ثم هو واجب عينا اي القود قوله وهو احد قولي الشافعي اي
وجوب القصاص عينا قوله لانه اي لان المال قوله بدون رضاه اي رضا القاتل
قوله ما تلونا من الكتاب اراد به قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى
وبيانه مر قبل هذا قوله ورويناه من السنة اراد بها قوله عليه السلام
العمد قود قوله وفيه مصلحة الاحياء زجرا وجبرا اي في القصاص مصلحة الاحياء
شرعا واستيفاء قال تعالى ولكم في القصاص حياة اي في شرعه لسلم نفس
المقتول لان القاتل يمتنع عن القتل خوفا على نفسه من القصاص وكذا في استيفائه لانه
لو لم يقتص منه ربما يقتل اولياء القتيل ايضا خوفا ان يقتلوه فاذا استوفى
القصاص يسلم النفسين والحاصل ان القصاص شرع جبرا للفائت وانه يتحقق
المماثلة ولا مماثلة بين الآدمي والمال فلا يتحقق معنى الجبر بالمال ولكن
حالة الخطأ لما لم يجب القصاص لشبهة الاباحة في الفعل ورد الشرع بالكتاب
بالمال تعظيما لامر الدم وصونا عن الهدر فلم يدل ذلك على ان الضمان

الامثل للشيء بالقصاص قوله ولا ينتقض بعدم قصد الولي بعد اخذه
المال اي بعدم قصد الولي لقتل القاتل بعد ما اخذ الدية يعني
يجوز ان يأخذ الولي المال من القاتل بغير رضاه ثم يقتله ه
وهذا الجواب عما قال الشافعي فيه ان المال مدفعا للهلاك
قوله ولا كفارة فيه اي في العمد وهذا عندنا وقال الشافعي
تجب الكفارة فيه قياسا على الخطأ والجامع ان في النفس حقا
حق الشرع وحق العبد فالاول مضمون بالكفارة والثاني
مضمون بالدية او القصاص ولان التكفير للتطهير عن الذنب
والحاجة الى التطهير في العمد اكثر من الحاجة اليه في الخطأ فكان
العمد احق بايجاب التكفير ولنا ان القتل كبيرة محضة بصريح الحديث
الذي ذكرناه في اول كتاب الجنايات والكبيرة المحضة التي ليس
فيها معنى الاباحة لا تصلح ان تكون سببا للكفارة التي فيها معنى
العبادة لان الاعتاق والصوم عبادة بخلاف الخطأ فان فيه
معنى الاباحة ولان الخطأ دون العمد لا محالة والشيء
اذا كان دافعا للادنى لا يلزم ان يكون دافعا للاعلى فلا تشرع
الكفارة في العمد ولان الله عز وجل ذكر العمد وحكمه والخطأ
وحكمه وبين الكفارة في احدهما دون الآخر فلو كانت واجبة في العمد
كوجوبها في الخطأ لبينها ولا يجوز ان يقال اكتفى بذكرها في الخطأ
لان الله تعالى ذكر انواع القتل الموجب للكفارة وكرر الكفارة في كل
قتل فذكر قتل المؤمن في دار الاسلام والمعاهد والمسلم في دار
الحرب ولم يكتف بذكر الكفارة في بعض المواضع عن البعض فلو كانت
واجبة في العمد لم يكتف بذكرها في الخطأ بيانه في قوله تعالى
وما كان لمؤمن ان يقتل مؤمنا الا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير
رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الا ان يصدقوا فان كان من
قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة فان كان من

قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله وتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد
فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وكان الله عليما حكيما ومن يقتل مؤمنا
متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه واعد له عذابا اليما
وقوله تعالى وما كان لمؤمن ان يقتل مؤمنا ابتداء غير قصاص الا خطأ اى الا على وجه
الخطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة اى فعليه اعتاق رقبة مسلم
ذكرا كان او انثى كفارة له لحق الله عز وجل ودية مسلمة الى اهله اى مؤداة الى
اولياء القتيل وهم ورثته الا ان يصدقوا اى الا ان يتصدقوا عليه بالدية ومعناه
العفو فان كان من قوم عدو لكم اى ان كان المقتول من قوم اعداء لكم والعدو يجمع
كقوله تعالى هم العدو فتحرير رقبة مؤمنة يعنى اذا اسلم الحربى فى دار الحرب ولم
يهاجر الينا فقتله مسلم فلا قصاص فيه ولا دية وفيه الكفارة لا غير والشافعى
حمله على مؤمن اختلط باهل الحرب عن رمى المسلم اهل الحرب فاصابه لم تجب الدية لانه
بالاختلاط باهل الحرب اسقط حق نفسه قال صاحب التيسير هذا لا يستقيم
لانه قال من قوم عدو لكم وذلك لا يكون منهم بل يكون فيهم فالحمل الصحيح ما قلناه وهو
قول المفسرين وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق اى ان كان المقتول ذميا فحكمه حكم
المسلمين يجب فيه الدية والكفارة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة
الى اهله فمن لم يجد اى الرقبة المؤمنة فصيام شهرين متتابعين اى فعليه ذلك
بدلا عن التحرير توبة من الله اى قبولا من الله ورحمة منه من تاب الله عليه اذا
قبل توبته يعنى شرع ذلك توبة منه او نقل الحكم من الرقبة الى الصوم توبة
منه وكان الله عليما اى عالما بالقاتل انه عامد او مخطئ وما لم يكلفه انه يوجب به
التوبة او الاصار حكيما فى شرع هذه الاحكام ومن يقتل مؤمنا متعمدا اى قاصدا قتله
لايمانه وهو كفر وقيل اى قتله مستحلا لقتله وهو كفر ايضا فجزاؤه جهنم اى هو
جزاؤه وفيه اشارة الى ان الكفارة لا تجب فيه لانه تعالى جعل جزاءه جهنم لا غير لا يقال
يلزمكم وجوب القصاص لانا نقول ذلك عرف باية اخرى وهى قوله تعالى كتب عليكم القصاص
ولانه ما تعلق بقتل الخطأ فلا يجب فى قتل العمد كالدية. وغضب الله عليه اى انتقم
منه قال قيل الدية بدل عن النفس والقصاص بدل عنها ايضا ولا يجوز اجتماع

بدليل

بدلين عن شيء واحد والكفارة ايضا بدل عن النفس فيجوز جمعها مع
القصاص كما يجوز مع الدية قلنا يبطل على الاصل بالجماعة اذا قتلوا واحدا عمدا فقتل واحد
بدل عنه فقد اجتمع ابدال عن شيء واحد فى مسئلتنا وان لم تكن الكفارة بدلا عن النفس
الا ان احد مما يثبت فيه لاحتمال ان القصاص يسقط مع القصاص لشبهة ولا يجوز اجتماع
المتنافيين كالمهر والحد فى الوطء وعنه قالوا قتل آدمى مضمون فيتعلق به الكفارة كقتل
الخطأ قلنا ينتقض بما اذا قتل من عليه القصاص فانه قتل آدمى مضمون ولا يجب به
الكفارة بدليل على انه مضمون هو انه قتل فى حقنا بانه قتل وعوض عنه كالمبيع مع الثمن
قالوا قتل يوجب حرمان الميراث فيتعلق به الكفارة كالخطأ قلنا انما وجب حرمان
الميراث لاستعجاله ما اخره الله تعالى والكفارة تجب لتغطية المأثم والمأثم
فى الخطأ اقل وفى العمد اعظم فلا يجعل فى كفارة الخطأ تطهيرا للعمد قالوا كل قتل
تجب به الكفارة اذا كان خطأ تجب به الكفارة اذا كان عمدا كقتل الصيد قلنا
فى الاصل لا يؤدى الى اجتماع المتنافيين وهو اجتماع ما يثبت مع الشبهة وما يسقط
معها بخلاف الفرع فانه يؤدى الى ذلك على ما بيناه قوله قال وشبه العمد عند ابى
حنيفة ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما اجرى مجرى السلاح اى قال القدورى
فى مختصره وتمامه فيه وقال ابو يوسف ومحمد اذا ضربه بحجر عظيم او بخشبة
عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا الى هنا لفظ المختصر
وقال الكرخى فى مختصره قال ابو حنيفة فى كتاب الاصل شبه العمد ان يتعمد الضرب بالعصا
او السوط او الحجر او اليد وروى الحسن عن ابى حنيفة فى رجل ضرب رجلا بعصا
فقتله ان ذلك شبه العمد وكذلك لو رماه بحجر فشجه وكذلك لو ضربه بصخرة
او عود وكذلك لو وكزه او وجأه فمات من وجأته او عصيته فمات من عصيته فذلك
كله شبه العمد قال ابو الحسن وتغلظ الدية فى شبه العمد فى الابل اذا فرضت
الدية فيها فاما غير الابل فلا تغلظ فيها الى هنا لفظ الكرخى رح وقال القدورى فى
شرحه واما شبه العمد عند ابى حنيفة ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا يجرى
مجرى السلاح فى تفريق الاجزاء وقال ابو يوسف ومحمد ان يتعمد الضرب بالة لا يقتل
مثلها فى الغالب وهو قول الشافعى وقال فى شرح الطحاوى واما شبه العمد فهو ان

يضرب بشيء الغالب فيه الهلاك كتعمد فيه القضبان والحجر الكبير والعصا الكبيرة
ونحوه فإذا قتله به فهو شبه العمد عند أبي حنيفة وعندهما هو عمد فأما إذا تعمد
فقتله بعصا صغيرة أو بحجر صغير أو بلطمة وكل ما لا يكون الغالب فيه الهلاك كالسوط
ونحوه فهذا شبه العمد بالإجماع وإذا تابع الضرب حتى مات فهذا أشبه العمد عند أبي
حنيفة وعندهما هو عمد إلى هنا لفظ شرح الطحاوي وسمي به شبه العمد لأنه عمد من وجه
وخطأ من وجه لأنه قصد بفعله الضرب دون القتل لأن الآلة ليست بصالحة له والكبير
ويسمى خطأ العمد أيضا وجه قول أبي حنيفة رضي الله عنه ما روي في السنن مسندا
إلى عبد الله بن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الفتح بمكة ألا إن دية
الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا فيها مائة من الإبل منها أربعون في بطونها
أولادها ولم يفصل بين العصا الصغيرة والكبيرة وروي عن علي بن أبي طالب أنه قال في شبه
العمد الحذفة بالعصا والقذفة بالحجر ولأنه قتل بما ليس بسلاح ولا يجري مجرى
السلاح في تفريق الأجزاء كالعصا الصغيرة ولا يجب القصاص في شبه العمد لأنه
ليس بجناية محضة لأنه من حيث أنه ضرب مباح في الجملة لأن الضرب على سبيل التأديب
والرياضة مشروع في الجملة ولأنه آلة لا يجوز الذكاة بها فلا يجب القصاص بها كالسوط
ولا يلزم إذا أحرقه بالنار لأن النار يقع بها الذكاة لو جعلت على موضع الذبح فقطعت
الحلقوم والودجين حل الأكل ذكره القدوري في شرحه ووجه قولهما ما روي في الصحيح
البخاري مسندا إلى أنس بن مالك قال خرجت جارية عليها أوضاح بالمدينة فرماها
يهودي بحجر قال فجيء بها إلى النبي صلى الله عليه وسلم وبها رمق فقال لها رسول الله
صلى الله عليه وسلم فلان قتلك فرفعت رأسها فأعاد عليها قال فلان قتلك فرفعت
رأسها فقال لها في الثالثة فلان قتلك فخفضت رأسها فدعا به رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقتله بين الحجرين ولأنه قصد إلى القتل بالضرب بآلة تقتل مثلها في العادة فيتعلق به القصاص
كالحديد قوله على غرة من المقصود قتله أي على غفلة من الذي يقصد قتله قوله وبه يحصل
القتل غالبا أي وباستعماله الآلة على غفلة من الذي يقصد قتله يحصل القتل غالبا ولا يحصل ذلك
إلا بآلة موضوعة للإزهاق الروح كالسيف والسكين فإذا لم يكن كذلك فضرب العمد به في الحجر العظيم
والخشبة العظيمة وإن تعمد الضرب بهما نظرا إلى الآلة لأنها ليست بموضوعة للقتل فكان
القتل بالحجر العظيم والخشبة العظيمة شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة قوله قال وموجب

قال

القدوري في مختصره وتمامه فيه والكفارة ولا قود فيه وفي الدية المغلظة على العاقلة أما الإثم فلأنه
تعمد الضرب بغير حق وهو ممنوع عنه ثم قصد القتل أو لم يقصد وأما وجوب الكفارة فلأن
الله تعالى أوجب الكفارة في الخطأ بقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة
وشبه العمد فيه معنى الخطأ بالنظر إلى الآلة فدخل تحت النص وأما عدم وجوب القصاص فلأن رسول الله
صلى الله عليه وسلم أوجب فيه الدية لا القصاص ولأنه لما كان خطأ من وجه وعمدا من وجه كان ذلك
شبهة في سقوط القصاص فسقط لأن القصاص عقوبة متكاملة فيجب أن يكون سببه جناية متكاملة
وأما وجوب الدية المغلظة فلقوله صلى الله عليه وسلم فيه مائة من الإبل منها أربعون في بطونها أولادها
قال القدوري في شرحه وقد روي تغليظ الدية عن عمر وعلي وابن مسعود وزيد وأبي موسى الأشعري والمغيرة
ابن شعبة وإن اختلفوا في كيفية التغليظ فصار ذلك ثابتا بالإجماع ثم هذه الدية تجب على العاقلة قال القدوري في شرحه
وجملة هذا أن كل دية تعلق وجوبها بالقتل فإنها على العاقلة كدية الخطأ وكل دية وجبت لمعنى حادث فإنها في مال
القاتل كما وجب بالصلح وهذا كان الشيخ أبو الحسن الكرخي يقول إن من قتل ابنه عمدا فموجب قتله القود ثم يسقط إلى الدية لأن
القتل لو أوجب الدية لكانت على عاقلته وقد قضى عمر بن الخطاب بالدية على العاقلة بحضرة الصحابة من غير خلاف وهذا
لا خلاف فيه إلا ما حكي عن الأصم أنه قال لا تلزم الدية العاقلة لقوله تعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى قال وهذا
ليس بصحيح لأن قوله تعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى المراد به في أحكام الآخرة بدليل الأخبار الواردة في وجوب الدية على
العاقلة ويكون ذلك عليهم في ثلاث سنين وكذلك كل دية وجبت بنفس القتل فأما إذا وجب بالصلح فهي حالة والأصل في
التأجيل أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين بحضرة الصحابة من غير نكير وقد
قال مالك إني لا أعرف في القتل إلا العمد والخطأ فأما شبه العمد فلا أعرفه قال القدوري وهذا فاسد لقول رسول الله
صلى الله عليه وسلم ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا ولأن الصحابة اتفقوا على تغليظ دية شبه العمد وإن كانوا
اختلفوا في كيفية التغليظ فدل أنه نوع غير الخطأ والعمد ويجوز أن يجتمع في الشيء الواحد الخطأ والعمد من جهتين وكذا
ههنا لأنا سميناه عمدا لأنه تعمد الضرب وسميناه خطأ لأنه لم يتعمد القتل حيث ضرب بآلة ليست بموضوعة للقتل فكان ذلك
عمدا أي القصد وخطأ [illegible] قال القدوري هذا الاسم إنما عرف بالشريعة فأما أهل اللغة فلا تعرفه وقال أصحابنا التغليظ
لا يكون إلا بالدية من الإبل دون غيرها لأن القياس يمنع من التغليظ لأن تعمد الإتلاف وخطأه في باب الغرم سواء وإنما
تركوا القياس في الدية من الإبل فغلظوا بالجزء فما سواها على أصل القياس **قوله** لا بمعنى يحدث من بعد أي من بعد القتل
وهذا احتراز عن وجوب الدية بالصلح عليها وعن وجوب الدية بقتل الأب ابنه وعن وجوب الدية بإقرار القاتل
خطأ [illegible] عمدا فإن الدية في هذه الصورة لم تجب ابتداء بل وجبت بمعنى حادث بعد وجوب القصاص فلا جرم لا تحمل على العاقلة

بل وجبت في مال القاتل **قوله** وسنبين صنع التخليط في اواخر كتاب الديات **قوله** ويتعلق به حرمان الميراث اي بسبب العمد
وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام لا ميراث لقاتل ولانه تعمد الضرب ولا يؤمن ان يكون تعمد القتل **قوله** فالحجة عليه ما
اسلفناه انما ادية قوله عليه الصلاة والسلام الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل **قوله**
قال والخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو ادمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطأ
في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب ادميا وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة اي قال القدوري في مختصره
وتمامه فيه ولا اثم فيه والخطأ ضد الصواب ويراد به الوقوع في الشيء من غير قصد اليه ذكر الشيخ قال في شرح الطحاوي
واما قتل الخطا فهو ان يقصد مباحا فيصيب محظورا كما اذا رمى صيدا فاصاب انسانا او كما اذا رمى حربيا فاذا هو
مسلم وهو لا يعلم او مرتدا فاسلم وهو لا يعلم باسلامه او الى رجل فاصاب غيره فهذا هو الخطا فاذا قصد به
عضوا من شخص فاصاب عضوا اخر من ذلك الشخص فهو عمد كذا في شرح الطحاوي وانما وجبت الكفارة بنص
القران وهو قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ولا قود فيه لان الله تعالى لم يوجب فيه القصاص
بل اوجب الدية لقوله تعالى ودية مسلمة الى اهله وانما وجب الدية على العاقلة في ثلاث سنين لما بينا
ان كل دية تجب على القاتل بالابتداء لا لمعنى يحدث فانها على العاقلة وبذلك قضى عمر بحضرة الصحابة من غير نكير
والى هذا اشار في المتن بقوله لما بينا **قوله** ولا اثم فيه اي في الخطا قال صاحب الهداية يعني في الوجهين
اي في وجهي الخطا وهما الخطا في القصد والخطا في الفعل وانما لم يجب الاثم لقوله عليه السلام رفع عن
امتي الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه والمراد منه اثم القتل العمد الا ترى انه ارتكب المحظور في اصل الخطا
لانه لو لم يكن محظورا لم يجب فيه شيء من الكفارة والدية لان فاعل المباح لا يلزمه شيء وقد وجبت عليه الكفارة
وهي لقطع الاثم فلو لم يكن محظورا لكان مباحا فلم يجب فيه شيء والحاصل ان اصل الرمي مباح وترك التثبت فيه محظور
فصار جناية قاصرة فصلحت سببا للعقوبة القاصرة وهي الكفارة المترددة بين العبادة والعقوبة وهذا معنى قوله
لان شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى اي معنى ترك العزيمة والمبالغة في التثبت **قوله** ويحرم عن الميراث
اي يحرم القاتل خطا عن الميراث وذلك لعموم قوله عليه الصلاة والسلام لا ميراث لقاتل ولانه لا يؤمن ان يكون
قاصدا في الباطن القتل واظهر الخطا فلا جرم يحرم الميراث **قوله** وما اجري مجرى الخطاء مثل النائم ينقلب على رجل
فيقتله فحكمه حكم الخطا واما القتل بسبب فهو كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه اذا تلف به ادمي الدية
على العاقلة اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا كفارة فيه قال القدوري في شرحه واما النوع الذي
اجري مجرى الخطاء فهو النائم اذا انقلب فوقع على انسان فقتله لان النائم لا قصد له ولا يوصف فعله بالحظر ولا
بالخطا الا انه كالخاطئ في الاحكام لان المقتول مات بثقله فهو كالميت يقع عليه فيجب عليه الكفارة وعلى عاقلته الدية

ولا قود عليه لانه اذ ذاك من الخطاء ويحرم الميراث لانه لا يؤمن ان يكون تعمد ذلك في الباطن واما النوع الخامس
فهو حافر البئر وواضع الحجر لانه ليس بمتعمد للقتل ولا مخطئ فيه الا ترى ان القاتل من اوقع الفعل في المقتول او فيما
يتصل به وذلك غير موجود في الحافر وانما اوجبوا على عاقلته الدية لانه تعدى في الحفر ولا اثم عليه بالموت وانما الاثم
بالحفر ولا كفارة عليه ولا يحرم الميراث عندنا لانه غير متهم الا ترى انه لا يعلم ان مورثه يقع في البئر **قوله** ولا يتعلق
به حرمان الميراث اي بالقتل بسبب وقال الشافعي يلحق بالخطاء في احكامه اي يلحق القتل بسبب بالقتل الخطا حتى تجب الكفارة
وحرمان الميراث وذلك لان الكفارة تجب بالقتل وقد وجد بدليل ايجاب الضمان عليه وانزال الشرع اياه قاتلا واما ان الكفارة
تجب بالقتل وحافر البئر ليس بقاتل الا ترى انه لا يجوز ان يكون قاتلا بالحفر والمقتول هناك ولا يجوز ان يكون قاتلا
بالوقوع لانه قد يقع في البئر بعد موت الحافر ويستحيل ان يكون قاتلا بعد موته ولان الكفارة تجب بفعل هو مباشرة والتسبيب
دونها فتعذر الالحاق واما حرمان الميراث انه لو كان يرث الجاني عليه لانه ليس بقاتل وحرمان الميراث يتعلق بالقتل ولان
حرمان الميراث يثبت على وجه العقوبة بمن تعمد القتل او جاز ان يكون متعمدا في الباطن وهذا المعنى لا يوجد في حفر
البئر ولانه لو كان قتلا لاستوى الحال فيه بين ان يقع في ملكه وغير ملكه كالجراحة والرمي والواقع لا يسمى مقتولا
بل يسمى هالكا فاذا ثبت انه ليس بقتل لا يتعلق به الكفارة وحرمان الميراث كالامساك **قوله** وما يكون شبه العمد
في النفس فهو عمد فيما سواها اي فيما هو دون النفس قال القدوري في مختصره وليس فيما دون النفس شبه عمد
انما هو عمد او خطا وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره ولا يكون فيما دون النفس شبه عمد وما جعلناه في النفس
شبه عمد فهو فيما دون النفس يوجب القصاص اذا كان يستطاع القصاص فيه الى هنا لفظ الكرخي وذلك
لان ما دون النفس لا يختص اتلافه بالة دون الة وانما اعتبرت الالات في النفس لان القتل يقصد بالة دون الة
فلما استوت الالات فيما دون النفس اعتبر اعتماد القصد فكان عمدا كذا في شرح القدوري

باب القصاص

لما ذكر انواع القتل وهي خمسة ومن جملتها العمد وقد يوجب العمد القصاص وقد لا يوجبه شرع في
بيان ذلك **قوله** فالقصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد اذا قتل عمدا اي قال القدوري في
مختصره اما اشتراط العمدية لوجوب القصاص فلما مر من قوله عليه السلام العمد قود ولان الجناية بالعمدية
تتكامل فكان جزاؤها متكاملا واما اشتراط حقن الدم على التأبيد وهو منعه من ان يسفك فاحترازا عن
الحربي فان قتله لا يوجب القصاص وان كان عمدا لان عصمته ليست بابدية فيثبت شبهة الاباحة في قتله والاصل في
ثبوت القصاص الكتاب والسنة قال الله عز وجل ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا والسلطان القتل بدليل
قوله تعالى فلا يسرف في القتل وقال عز وجل وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقال عز وجل يا ايها الذين امنوا كتب عليكم
القصاص في القتلى وقال تعالى ولكم في القصاص حياة وقال صلى الله عليه وسلم العمد قود ولا يقاد الوالد قتل الاب ابنه

[illegible]

عمدا اشكالا على الكلي الذي ذكره فانه لا يوجب القصاص لا لمانع لموجب ذلك ايضا ولكن لسقوط الحرمة الابوة
وذلك عارض والكلام في الاصول لا في العوارض ولهذا كان الابن شهيدا وان كان يجب الدية لان العلة
ما اللشبهة وبه صرح في شرح الطحاوي في كتاب الصلاة قوله قال ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد اي قال القدوري
في مختصره قال ابو الحسن الكرخي رحمه الله في مختصره واجمع المسلمون على قتل الذكر بالانثى والانثى بالذكر وعلى
قتل العبد بالحر وذكر عندنا بقوله ان قتل النفس بالنفس واختلفوا في قتل الحر بالعبد واجمع اصحابنا على قتل الحر
بالعبد لعموم قوله النفس بالنفس وعموم قوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا والسلطان القود
الى هنا لفظ الكرخي في مختصره اعلم ان الحر يقتل بالعبد عندنا وقال مالك والشافعي واحمد بن حنبل لا يقتل
الحر بالعبد لنا عموم قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وعموم قوله تعالى ومن قتل مظلوما
فقد جعلنا لوليه سلطانا وقوله عليه الصلاة والسلام العمد قود وهو عام ولان المماثلة لا تعتبر في الانفس
وانما تعتبر في حقن الدم الا ترى انه يقتل البصير بالاعمى والصحيح بالاشل والعالم بالجاهل والشريف بالوضيع
والحر والعبد يتساويان في حقن الدم على التأبيد فان قيل قال الله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد والتخصيص
دل على انه لا يقتل الحر بالعبد قيل الاية دلت على ثبوت القصاص بين الحرين وبين
العبدين والتخصيص بالذكر لا يدل على نفي ما عداه الا ترى ان العبد يقتل
بالحر مع وجود هذا التخصيص الا ترى ان الذكر يقتل بالانثى والانثى بالذكر
مع وجود مثل هذا التخصيص بقوله تعالى والانثى بالانثى وفائدة التخصيص
ما قال القدوري في شرحه ان الاية نزلت على سبب وهو ان بني النضير
كانوا اشرف من بني قريظة واعز فقضوا الحكم ان يقتل بالعبد من بني
النضير الحر من بني قريظة ويقتل بالحر من بني قريظة العبد من بني
النضير فابطل الله هذا الصلح بقوله الحر بالحر والعبد بالعبد ولان
للعبد نفسا معصومة على سبيل الكمال لانه ساوى الحر في سبب
العصمة والمساواة في السبب توجب المساواة في الحكم والسبب
هو الاحراز بالدار او الاسلام ولان العبد مبقى على اصل الحرية في حق الدم
ولهذا لم يكن لمولاه ان يسفك دمه فان قيل لو وجد نوع القصاص لجرى
بين الحر والعبد كالقصاص في الطرف قلنا ذلك منقوض بقتل العبد
بالحر او بقتل الحر اذا كان يد احدهما شلاء او مقطوعة الاصابع
ويد

ويد الاخر صحيحة لا يجري القصاص بينهما في الطرف ويجري في النفس فيفسد
قياس القصاص في النفس على القياس في الطرف ولان الطرف يجري مجرى
المال اذ لا مدخل للكفارة او للقسامة فيها بخلاف النفس قوله وهي
بالدين اي العصمة المؤثمة بالدين لحقن بالايمان او بالدار يعني
اي العصمة المقومة وقد مر بيان العصمتين في كتاب السير
ولا يرد على هذا المقضي له بالرجم اشكالا لان عصمته كانت متحققة لها
ولكن سقطت بجنايته المتفاحشة قوله وجريان القصاص بين
العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة هذا جواب سؤال يقال من
جهة الخصم وهو ان هذا القتل فيه شبهة الاباحة لان الرق اثر
الكفر لانه سببه على ما عرف في اصول الفقه والكافر مباح الدم فاذا كان فيه
شبهة الاباحة هذا جواب سؤال من جهة الخصم وهو ان هذا القتل
لا يجب القصاص على الحر بالرقيق فاجاب عنه وقال شبهة الاباحة منتفية
فلو كانت ثابتة لم يجر القصاص بين العبدين لان اثر الكفر وهو الرق قائم
كما لا يجري القصاص بين المستأمنين على جواب الاستحسان للاباحة
كفرهما شبهة اباحة القتل قوله قال والمسلم بالذمي اي قال القدوري
في مختصره يعني يقتل المسلم بالذمي قال الكرخي في مختصره واجمع اصحابنا على قتل
المسلم بالكافر الذمي الذي يؤدي الجزية ويجري عليه احكام المسلمين وانه
لا يقتل مسلم بكافر غير ذمي وان كان مستأمنا في دار الاسلام وله عهد او ميثاق
وهو باق على حكم دار الحرب لا يجري عليه احكام المسلمين الى هنا لفظ الكرخي رح وقال
مالك والشافعي واحمد لا يقتل مسلم بكافر لهم ما روى البخاري في الصحيح
مسندا الى الشعبي قال سمعت ابا جحيفة قال سألت عليا هل عندكم
شيء مما ليس في القرآن قال العقل وفكاك الاسير ولا يقتل مسلم بكافر
ولنا ما قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله
في القتل عام ينتظم الذمي والمسلم فكان مقتضاه وجوب القصاص على المسلم

يقتل المسلم الذمي الا ان الحربي خرج عن العموم بالاجماع لانه ليس محقون الدم على
التأبيد وقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وشريعة من قبلنا
لازمة حتى يثبت نسخها على لسان نبينا ومن جهة السنة ما قال محمد في كتاب
الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم ان رجلا من بكر بن وائل قتل رجلا من
اهل الحيرة فكتب فيه عمر بن الخطاب ان يدفع الى اولياء القتيل فان شاؤا قتلوا
وان شاؤا عفوا فدفع الرجل الى اولياء المقتول الى رجل يقال له حنين من اهل الحيرة
فقتله فكتب فيه عمر بعد ذلك ان كان الرجل لم يقتل فلا تقتلوه فرأوا ان
عمر اراد ان يرضيهم بالدية قال محمد وبه نأخذ اذا قتل المسلم المعاهد عمدا
قتل به وهو قول ابي حنيفة وكذلك بلغنا عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قتل مسلما بمعاهد وقال انا احق من وفى بذمته الى هنا لفظ كتاب الآثار
فلولا ان القصاص واجب لم يأمر به عمر ابتداء او باسقاطه في الثاني لمصلحة
رآها المسلمون والجواب عن الحديث الذي رواه الخصم هو ما قال الطحاوي
في شرح الآثار ان الذي حكاه ابو جحيفة عن علي لم يكن مفردا ولو كان
مفردا لاحتمل ما قالوا ولكن كان موصولا بغيره وهو ما حدثنا ابن ابي داود
قال حدثنا مسدد قال حدثنا يحيى بن سعيد عن ابن ابي عروبة قال حدثنا
قتادة عن الحسن عن قيس بن عباد قال انطلقت انا والاشتر الى علي
فقلنا هل عهد اليك رسول الله صلى الله عليه وسلم عهدا لم يعهده الى
الناس عامة قال لا الا ما كان في كتابي هذا فاخرج كتابا من قراب سيفه
فاذا فيه المؤمنون تتكافؤ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم وهم يد على
من سواهم الا لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده من احدث حدثا فعلى
نفسه من احدث حدثا او آوى محدثا فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين
اجمعين قال فهذا هو الحديث بتمامه فاستحال ان يكون على المعنى الذي ذهب
اليه الخصم لانه قال لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده اي لا يقتل مؤمن
ولا ذو عهد بكافر اي بكافر حربي ولا يجوز ان يكون معناه لا يقتل مؤمن بذي
عهد ولا بكافر لانه لو كان المراد ذلك لقيل ولا ذي عهد بالجر عطفا على الكافر

وقا

وقال الطحاوي ايضا في شرح الآثار حدثنا ابن مرزوق قال حدثنا
ابو عامر العقدي قال حدثنا سليمان بن بلال عن ربيعة بن
ابي عبد الرحمن عن عبد الرحمن بن البيلماني ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم اتي برجل من المسلمين قد قتل معاهدا من
اهل الذمة فامر به فضرب عنقه وقال انا اولى من وفى بذمته
قال في الغاية التكافؤ التساوي ان التساوي في القصاص والدية
الافضل فيها الشريف على الوضيع والذمة الامان ومنها سمي المعاهد
ذميا لانه امن على ماله ودمه للجزية اي اذا اعطى ذمي رجل منهم
امانا فليس للباقين اخفاره والمعقول شاهد لما قلنا وهو ان
الحربي دمه وماله حلال فاذا صار ذميا حرم دمه وماله فصار
كالمسلم في ان دمه وماله حرام لنا اخذه ومن سرق من ماله
شيئا قطع كما يقطع اذا سرق من مال المسلم فكان ايضا ينبغي
ان يقتل المسلم الذي يقتله كما يقتله اذا قتل مسلما اذ اجمعوا
انه لا فرق بين القتل لحرمة دمه وحرمة دم المسلم وايضا ان حرمة
المال دون حرمة النفس فاذا كان المسلم يقطع بمال الذمي فلان يقتل
المسلم بنفس الذمي اولى ويدل على عصمة الذمي قوله تعالى قاتلوا الذين
لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون
دين الحق من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون
اثبت اباحة القتل ممدودا الى غاية قبول الجزية والحكم الممدود
الى غاية ينتهي بوجود تلك الغاية فاذا وجد قبول الجزية انتهت الاباحة
واذا انتهت الاباحة ثبتت العصمة ضرورة فان قيل مبنى القصاص
على التكافؤ في العصمة وعصمة الكافر دون عصمة المسلم لان الذمي
عصم نفسه بالامان والمؤمن بالايمان والايمان اعلى اسباب
العصمة فلما تفاوتا في سبب العصمة تفاوتا في القصاص
قلنا نعم القصاص مبناه على التكافؤ في العصمة ولكن في الدم

يافيه لان كل واحد منهما محقون الدم على التابيد بالاحراز
بالدار ولو كان الاعتبار بالاسلام لوجب اذا اسلم في دار الحرب
ولم يهاجر الينا ان يقتل قاتله وان يجب الدية اذا قتل خطا
وانتما اتفقنا جميعا على ان ذميا لو قتل ذميا ثم اسلم قتل
به فلو كان الاسلام مما يمنع القصاص في الابتداء لمنعه
اذا طرا بعد وجوبه قبل استيفائه الا ترى انه لما لم يجب القصاص
بين الاب والابن اذا قتله كان كذلك الحكم اذا ورث القود
ابنه عن غيره يمنع ما عرض في ذلك استيفاؤه كما منع ابتدا
وجوبه ثم المراد من عصمة المحل ان تكون الحرمة
ثابتة للمحل حقا لمستحق منع الغير عن التعرض له
قوله والقتل عمدا يوذن بانتفاء الشبهة
هذا جواب عما قال الخصم الكفر مبيح فيورث الشبهة يعني
ان كفر الكافر مبيح للقتل فيورث كفر الذمي شبهة اباحة
القتل فلا يجب القصاص بالشبهة على المسلم وان
كان عصمة الذمي ثابتة بالامان فاجاب عنه
وقال لا نسلم ان الشبهة ثابتة بل الشبهة
منتفية بدليل ان القصاص يجب على الذمي
بقتل ذمي مثله فلو كانت الشبهة ثابتة لم يجب
القصاص عليه قوله والمراد بما روى
الحربي اي المراد بما روى الخصم وهو قوله
عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر هو الكافر

الحربي بدليل سياق وهو قوله عليه السلام
ولا ذو عهد في عهده اي لا يقتل مؤمن ولا ذمي بكافر
حربي قوله والعطف للمغايرة ولنا في هذا
الكلام نظر لانا نقول نعم العطف للمغايرة ولكن لم
يعطف قوله ولا ذو عهد على كافر لانه لو عطف
عليه لقيل بالجر بل هو عطف على مؤمن ولكن نقول
ان الذمي يقتل بالذمي بالاتفاق فعلم ان
المراد من الكافر الحربي لا الذمي فافهم قوله
قال ولا يقتل المسلم بالمستامن اي قال
القدوري في مختصره وذلك لان المستامن ليس
محقون الدم على التابيد الا ترى ان المدة اذا
مضت لحق بداره ولا يمكن من المقام بعد ذلك
واذا وصل الى مامنه صار مباح الدم والمسلم
محقون الدم على التابيد والمعتبر في وجوب
القصاص التساوي في حقن الدم ولم يوجد
ولان كفر الحربي باعث على الحراب وانما
ترك الحراب زمانا بالمصالحة فكان مبيح
الدم وهو الحراب قائما في حقه فلم يكن قتله
حراما محضا فلا ينتهض سببا لوجوب القصاص
وكذلك الذمي لا يقتل بالمستامن ايضا

لعدم التساوي في حقن الدم ولقوله عليه
السلام لا يقتل مومن بكافر ولا ذو عهد
في عهده قال ابو جعفر الطحاوي في مختصره
روى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف
ان المسلم يقتل بالحربي المستامن وسنبينه
بالذمي لا جل الامان قوله ويقتل المستامن
بالمستامن من ذكرها على سبيل التفريع
وهي من مسائل المبسوط وفيه قياس
واستحسان اما القياس فانه يقتل
به لمساواة بينهما واما الاستحسان
لانه لا يقتل به لما قلنا من قيام دليل
الاباحة ذكر القياس والاستحسان
شمس الائمة السرخسي في شرح
الكافي قوله ويقتل الرجل بالمراة
والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن

وهذا

وهذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب الهداية وبناقص
الاطراف والمجنون قال في شرح الاقطع وهذا اجماع الامة
روى عن علي انه قال في الرجل اذا قتل المراة ان اولياها
بالخيار ان شاوا اخذوا ديتها وان شاوا اعطوا القاتل نصف
ديته وقتلوه قال وهذا لا يصح لان الفعل الواحد لا يتعلق به
قصاص وغرم في النفس الواحدة كما لا يجب الفعل الواحد مع واحد
ولان اختلافهما كاختلاف الاعمى والبصير والصحيح والزمن وذلك
لا يمنع القصاص بان يقتل الكامل بالناقص بالاتفاق فكذلك
هذا كذا ذكر القدوري في شرحه قال الكرخي في مختصره ونقصان
الجوارح والمعاني لا يمنع التكافؤ في النفس وتفسير ذلك
ان صحيحا سليم الجوارح عاقلا لو قتل مريضا او معما عليه
او مبرسما او مفلوجا او اعمى او مقطوع الجوارح او اشل او صبيا
او معتوها انه يقتل به ولا اعلم في هذا خلافا بين اهل العلم وان
هذا كله لا يمنع التكافؤ في النفس الى هنا لفظ الكرخي رح وذلك
لان التكافؤ معتبر في محل القصاص ومحل القصاص الروح
فاذا تساويا في حقن الدم وجب القصاص وان اختلفا في غير
ذلك ولذلك لم يجب القصاص بين الاطراف المختلفة لان التساوي
في محل القصاص لم يوجد وقد دل على هذه الجملة قوله تعالى وكتبنا
عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله تعالى والحر بالحر بلا فصل وقوله تعالى والعبد
بالعبد بلا فصل كذا ذكر القدوري في شرحه وقد قال في الكشاف في تفسير قوله تعالى كتب
عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والانثى بالانثى قال مالك والشافعي لا يقتل
الذكر بالانثى وهذه الرواية مخالفة لرواية عامة كتب الفقه لان اصحابنا اجمعوا على ان مالكا والشافعي
ومسئلة قتل الحر بالعبد قالوا لا بد للتخصيص الحر بالحر والعبد بالعبد على ان الحر لا يقتل بالعبد
ولهذا لا يقتل الانثى بالذكر وعكسه والعبد بالحر ح وجوده مثل هذا التخصيص وقد مر بيانه لك عند قوله

ما يقتل الحر بالحر والعبد بالعبد وقال ابن

اوفعلا معه ما تقتضي الشبهة
الجلاب المالكي في كتاب التفريع وتقتل الامهات بولدها اذا ذبحاه او شقا جوفه
معه وقال الكرخي في مختصره واجمع اصحابنا انه لا يقتل والد بولده وان سفل ولا جد من قبل الرجال ولا
من قبل النساء وان علا بولد الولد وان سفل ولا والده بولدها ولا جده من قبل الاب ولا من قبل الام
علت او سفلت ويقتل الولد بالوالد ويقتل الولد بالوالد اجماعا الى هنا لفظ الكرخي وقال محمد في كتاب
الاثار من قتل ابنه عمدا لم يقتل به ولكن الدية عليه في ماله في ثلاث سنين يؤدي في كل سنة
الثلث من الدية ولا يرث من الديه ولا من مال ابنه شيئا ويرث اقرب الناس من الابن بعد الاب
والعجب الاب عن الميراث اصلا وهو في ذلك بمنزلة الميت وهو قول ابي حنيفة الى هنا لفظ كتاب
الاثار وقال القدوري في شرحه وقال مالك اذا اخذ الاب الابن بالسيف فلا قود عليه وان ذبحه
فعليه القود ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يقاد والد
بولد ولانه في حكم الجزء منه والانسان لا يثبت عليه القصاص باجزائه ولانه اذا وجب عليه
القصاص اذا قتله ذبحا وجب عليه اذا قتله حذفا كالاجنبي وفرق مالك بينهما بان الحذف يقصد به
التاديب وليس بصحيح لان التاديب لا يكون بالسيف ولان عمر ما ضرب الاب لابنه على وجه
التاديب بشرط السلامة وقوله لا يقاد من اقاده بقلان اقاده اي قتله به قصاصا وهو القود
اي القصاص قوله ان يستحق له امتاوه اي هو لا اقتاله الوالد قوله والقصاص يستحق المقتول
ثم يخلفه وارثه ولهذا اصح عفو المجروح قبل ان يموت فاذا كان القصاص يستحق المقتول اولا
لم يجب القصاص على الاب بقتل ولده لان الولد لا يستحق على الاب افناه فاذا لم يستحق الولد
القصاص اولا لم يخلفه وارثه في القصاص فسقط قوله لما بينا اشاره الى قوله ولانه سبب
لاحيائه فمن المحال ان يستحق افناءه قوله ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط وهو كون المقتول
في حكم الجزء من القاتل فاذا لم يكن المقتول في حكم الجزء ثبت القصاص على الوالد به قوله قال
ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده اي قال القدوري في مختصره
وذكر لان القصاص لو ثبت بقتل العبد لثبت للمولى لانه المستحق لحقوق عبده والمولى لا يمكن
ان يثبت له قصاص على نفسه ولانه ماله واتلاف الانسان ماله لا يتعلق به ضمان واذا لم يمكن الدم مضمونا
عليه لم يتعلق به قصاص واما المدبر والمكاتب فملكه باق فيهم فصارا كالعبد واما عبد ولده اذا
قتله لا يجب عليه القصاص لانه لو وجب لوجب لولده عليه فلا يستحق الولد على الاب قصاصا لما مر
وكذا لا يقتل بعبد يملك القاتل بعضه لان القصاص يسقط في نصيبه فيسقط في باقيه كالدم اذا

اذا كان بين شريكين فعفى احدهما قوله ولا ولده عطف على الضمير المستتر في لا يستوجب وانما جاز العطف
للفصل كقوله تعالى سيصلى نارا ذات لهب وامرأته اي لا يستوجب ولد الاب على الاب قصاصا اذا قتل
الاب ولد عبد ولده قوله قال ومن ورث قصاصا على ابيه سقط اي قال القدوري في مختصره وذكر مثل
ان يقتل الرجل ام ابنه او زوجة ابنه لانه لو وجب القصاص لوجب للابن على الاب فلا يستوجب الابن
على الاب قصاصا فلهذا سقط القصاص وكذا لو قتل الرجل ام امرأته ثم ماتت المرأة وتركت ابنا لها من
القاتل لا يجب القصاص عليه لانه يسقط بوراثة الابن قوله قال ولا يستوفى القصاص الا بالسيف اي قال
القدوري في مختصره وهذا مذهبنا وقال مالك ومن جرح رجلا ثم قتله قتل ولم يجرح الا ان يكون
ضربه فيجرح ثم يقتل كذا في كتاب التفريع وقال الشافعي من قتل بالقطع او بالاحراق او بالتغريق
او بالتجويع قتل بمثله الا اذا قتل باللواطة او بايجار الخمر فيقتل بالسيف كذا في وجيزهم ثم قال
فيه ولو جوع الجاني او القاه في النار بمثل تلك المدة او ضربه بالسياط مثل تلك الضربات فلم يمت
يزيد في الضرب والتجويع ام يعدل الى السيف فيه وجهان وقال احمد بن حنبل واذا قطع يديه
ورجليه ثم عاد وضرب عنقه قبل ان يندمل جراحه قتل ولا يقطع يداه ولا رجلاه في احدى الروايتين
وفي الرواية الاخرى قال انه لا بأس ان يفعل به كما فعل كذا ذكر الخرقي في مختصره واحتجوا في السنن مسندا
الى انس رضي الله عنه ان جارية وجدت قد رض راسها بين حجرين فقيل لها من فعل بك هذا
افلان افلان حتى سمي اليهودي فاومت براسها فاخذ اليهودي فاعترف فامر رسول الله
صلى الله عليه وسلم ان يرض راسه بالحجارة واسند لو اهذ الحديث فقالوا كل قاتل يقتل بما قتل به
ولنا ما روى الطحاوي في شرح الاثار وقال حدثنا ابراهيم بن مرزوق قال حدثنا ابو عاصم قال
حدثنا سفيان الثوري عن جابر عن ابي عازب عن النعمان قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا قود الا بالسيف فدل ان القصاص بغير السيف لا يجوز والقود هو القصاص الذي هو جزاء القتل
العمد وكل قود قصاص وكل قصاص ليس بقود لان القصاص في الاتلاف والجروح يسمى قصاصا
والجواب عن حديث الخصم ما قال الطحاوي في شرح الاثار ان هذا الحديث لا يدل على ما ذهبوا اليه لانه
يحتمل ان يكون النبي صلى الله عليه وسلم انما امر بذلك لانه قتل على مال وقد بين ذلك فيما حدثنا ابن ابي
داود قال حدثنا عبد العزيز بن عبد الله الاويسي قال حدثني ابراهيم بن سعد عن شعبة عن هشام
بن زيد عن انس بن مالك قال عدا يهودي في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على جارية فاخذ
اوضاحا كانت عليها ورضخ راسها فاتى بها اهلها رسول الله وهي في اخر رمق وقد اصمتت فقال لها

الاوضاح الحلي من الفضة جمع الوضح ص

رسول الله صلى الله عليه وسلم من قتلك فلان لغير الذي قتلها فاشارت براسها قال لرجل آخر غير الذي قتلها فاشارت
براسها اي لا قال ففلان لقاتلها فاشارت اي نعم فامر به رسول الله فرضخ راسه بين حجرين فانه كان
رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل دم اليهودي كدم قاطع الطريق فكان له ان يقتله كيف شاء بسيف او غيره
والمثلة حينئذ كانت مباحة كما فعل بالعرنيين فانه حدثنا يونس قال اخبرنا ابن وهب قال اخبرني جرير
ابن حازم عن ايوب عن ابي قلابة عن انس بن مالك قال قدم ناس رهطا من عكل فاستوخموا المدينة
فبعثهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الى ذود له فشربوا من البانها فلما صحوا ارتدوا عن الاسلام
وقتلوا راعي الابل وساقوا الابل فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم في آثارهم فاخذوا فقطع ايديهم
وارجلهم وسمل اعينهم وتركهم حتى ماتوا وقال الطحاوي ايضا حدثنا ابو امية قال حدثنا قبيصة عن
سفيان عن ايوب عن ابي قلابة عن انس بن مالك انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله قال هم من عكل
قطع النبي صلى الله عليه وسلم ايديهم وارجلهم وسمل اعينهم قال ابو جعفر الطحاوي ففعل رسول الله
باليهودي كما فعل بالعرنيين لان المثلة كانت مباحة في ذلك الوقت ثم نسخت بعد ذلك فاحتمل قتل
اليهودي هذا الوجه فلما احتمل الخبر هذا الوجه لم يجز ان يستدل به الا بدلالة وقد روي عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم في قتل اليهودي بخلاف هذا قال الطحاوي حدثنا ابن ابي داود واحمد بن داود
قال حدثنا ابو يعلى محمد بن الصلت قال حدثنا ابو صفوان محمد بن سعيد بن عبد الملك بن مروان
عن ابن جريج عن معمر عن ايوب عن ابي قلابة عن انس بن مالك ان رجلا من اليهود رضخ راس جارية
على حلي لها فامر به النبي صلى الله عليه وسلم ان يرجم حتى قتل قال ففي الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم
كان قتل ذلك اليهودي رجما بقتله الجارية فثبت بذلك ان ما تقدم من الخبر برضخه راسه هو على
جهة الرجم كان لان بالرجم قد يصيب الراس وغير الراس فقتله بغيرها كان قتل الجارية بذلك
ان ما فعل كان نحلا او معا حينئذ ثم نسخ بنسخ المثلة قال الطحاوي حدثنا ابن ابي داود حدثنا عمرو بن عون
اخبرنا هشيم عن منصور عن الحسن عن عمران بن الحصين قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يخطبنا فيامرنا
بالصدقة وينهانا عن المثلة وقال باسناده الى سمرة بن جندب قال قلما خطبنا رسول الله صلى
الله عليه وسلم خطبة الا امرنا فيها بالصدقة ونهانا عن المثلة وباسناده الى المغيرة بن شعبة قال
ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المثلة قال فثبت بهذه الآثار نسخ المثلة بعد ان كانت مباحة
علي ما روينا في حديث العرنيين وقد صح في السنن عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يعذب
بالنار الا رب النار رواه ابو هريرة وحمزة الاسلمي فان قيل يرد عليكم وان عاقبتم فعاقبوا

بمثل ما عوقبتم به قيل ليس هذه الآية يراد بها هذا المعنى انما يراد بها ما رواه ابن عباس قال
الطحاوي حدثنا فهد حدثنا يحيى بن عبد الحميد حدثنا قيس عن ابن ابي ليلى عن الحكم عن مقسم عن ابن
عباس قال لما قتل حمزة ومثل به قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لئن ظفرت بهم لامثلن
بسبعين رجلا منهم فانزل الله وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولئن صبرتم لهو خير
للصابرين فقال رسول الله بل نصبر فلما نزلت الآية في هذا المعنى لا في المعنى الذي ذكر الخصم
وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا قود الا بالسيف دل ان القود لا يكون الا
بالسيف فان قلت قال تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم قلنا المراد منه المماثلة المطلقة
لا في الآلة لان ما يقوله الخصم يؤدي الى ايجاب اكثر من القتل لانهم يقولون اذا ضربه بخشبة
فمات يضرب بها فان مات والا قتل بالسيف وهذه زيادة على فعل الجاني لا محالة ولانهم يقولون
اذا لاط فقتله او وطئ صغيرة فقتلها او اوجره خمرا فقتله حيث لا يفعل بالجاني مثل ما فعل
وعليه اجماع الامة فان قلت كيف يصح الاستدلال بقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف على ان
القصاص لا يستوفى الا بالسيف لانه يحتمل ان معناه لا قود يجب الا بالسيف قلت ظاهر الحديث
يدل على ان المراد منه ~~المماثلة في المعنى لا في الآلة~~ نفي الاستيفاء لان القود عبارة عن جزاء القتل العمد
قصاصا فمعنى قوله لا قود الا بالسيف اي لا جزاء القتل العمد الا بالسيف والجزاء بالسيف هو الاستيفاء
لا وجوب القصاص نعم انه يحتمل المعنى الآخر ثم هذا الحديث حجة لابي حنيفة على من خالفه سواء
اريد منه نفي الاستيفاء او نفي الوجوب بيانه ان القود له طرفان طرف الوجوب وطرف
الاستيفاء فعلى الاول معناه لا قود يجب الا بالسيف وعلى الثاني لا قود يستوفى الا بالسيف
فان اريد به نفي الوجوب كان لنا حجة على الشافعي في مسألة الموالاة وعلى ابي يوسف ومحمد
في القتل بالمثقل لانه قتل بغير السيف فينبغي ان لا يجب عليه القصاص بموجب الحديث وهما يقولان
بخلاف ذلك وان اريد به نفي الاستيفاء الا بالسيف كان حجة لنا ايضا على الشافعي لانه يستوفى القصاص
بما فعله القاتل وكان حجة عليهما ايضا لانه لما لم يستوف الا بالسيف لا يجب الا به لان المماثلة
شرط في ضمان العدوان ما امكن والقتل بالسيف لا يماثل القتل بالمثقل لان القتل بالسيف يحصل
بنقض البنية صورة ومعنى والمثقل ليس ينقضها صورة بل ينقضها معنى فكان قاصرا
فلم يثبت حكم القصاص لانه يندرئ بالشبهات قوله كما في كسر العظام يعني اذا كسر عظم انسان
عمدا سوى السن لا يقتص منه لاحتمال استيفاء الزيادة فكذا هنا قوله قال واذا قتل المكاتب
عمدا وليس له وارث الا المولى وترك وفاء فله القصاص عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال في الجامع

الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل كاتب عبده فقتله رجل عمدا قال ان كان المكاتب ترك
وفاء بمكاتبته وله ورثة احرار فلم يكن على القاتل قصاص وان لم يكن له وارث غير المولى فللمولى القصاص
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا ارى فيه قصاصا وان كان المكاتب لم يترك وفاء
بمكاتبته وله ورثة احرار فللمولى ان يقتل القاتل في قولهم جميعا الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير
وقال القدوري في مختصره واذا قتل المكاتب عمدا ولا وارث له الا المولى فله القصاص وان ترك
وفاء ووارثه غير المولى فلا قصاص لهم وان اجتمعوا مع المولى الى هنا لفظ المختصر وقال الكرخي
في مختصره وان كان المقتول مكاتبا لم يترك وفاء فكان للمولى القصاص في قول اصحابنا جميعا
وان ترك وفاء وكان وارثه غير المولى فلا قصاص في قولهم جميعا واختلفت الرواية في قول ابي
حنيفة وابي يوسف اذا كان المولى وارثا فقال في الجامع الصغير عنهما للمولى ايضا القصاص وقال
بشر عن ابي يوسف في كتاب البيوع انه لا قصاص للمولى مثل قول محمد وقال ابو يوسف وان اجتمع
الورثة والمولى على القصاص فلا قصاص الى هنا لفظ الكرخي اما اذا قتل ولم يترك وفاء فللمولى القصاص
في قولهم لان الجراحة وقعت والولاية للمولى وحصل الموت وهو المستحق لان الكتابة بطلت لموته
عاجزا وعاد الى الرق واذا ثبت له الاستحقاق في الحالين كان له القصاص كما في العبد القن لقوله
تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا قال القدوري في شرحه وهذا ليس كالعبد المعتق
بعضه اذا مات عاجزا لانه في المستسعى عند ابي حنيفة انه لا قصاص لان عجز المكاتب تنفسخ به الكتابة
فكانها لم تكن وموت المعتق لا ينفسخ به عتقه فالمولى يستحق القصاص في بعضه بالولاء وفي بعضه
بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين واما اذا ترك وفاء ووارثه غير المولى فلا قصاص
في قولهم لان الجراحة وقعت والمستحق للمولى لبقاء الرق وحصل الموت والمستحق غير المولى فلما
تغير المستحق صار ذلك شبهة في سقوط القصاص كعبد جرح فباعه مولاه فمات في يد المشتري
لم يثبت القصاص للمشتري لانه لم يكن له حق عند الجراحة ولان الصحابة رضي الله عنهم
قد اختلفوا في المكاتب اذا ترك وفاء بمال الكتابة في قول زيد بن ثابت مات عبدا وفي قول
علي وابن مسعود يؤدي كتابته ويحكم بموته حرا قبل موته بلا فصل فلو اعتبر قول زيد كان حق
القصاص للمولى فلو اعتبر قول علي وابن مسعود كان حق القصاص للورثة فاختلاف الصحابة
اورث شبهة في القصاص واما اذا ترك وفاء ولم يترك وارثا سوى المولى ففيه اختلاف قال
في الجامع الصغير ان للمولى القصاص عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال بشر عن ابي يوسف في كتاب
البيوع لا قصاص للمولى وهو قول محمد وذكر في شرح الاقطع قول زفر كقول محمد وجه قول

ابي حنيفة وقول ابي يوسف في المشهور انه لا اشتباه في ولي القصاص لانه هو المولى في الحالين
لان حق القصاص له وقت الجراحة لبقاء الرق وحق القصاص له ايضا وقت الموت بحكم الولاء
والمستحق في الحالين اذا كان واحدا وجب له القصاص لعدم اشتباه الولي للمولى العبد ووجه
قول محمد وهو طريق الاستحسان كذا قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ان السبب مختلف
لان وقت الجناية كان له حق القصاص لاجل الملك ووقت الموت يجب له لحق الميراث
فاذا اشتبه السبب تمكنت الشبهة في القصاص والقصاص يدرأ بالشبهات
لان القاضي لا يدري باي سبب يقضي فقال الفقيه في جوابه ان المولى وان كان يستحق بالميراث
والميراث يجب بالولاء والولاء اثر الملك فصار بمنزلة سبب واحد قال ابو يوسف
وان كان الوارث غير المولى فاجتمع المولى والوارث على القصاص فلا قصاص لهما لان
المولى سقط حقه بالعتق فاجتماعه مع الوارث لا يعتد به فبقي الوارث وحده وقد بينا
ان لا قصاص له قوله فلا يبالي به اي لا يعتبر باختلاف السبب مع اتحاد الحكم لعدم افضائه
الى المنازعة كما اذا قال لك علي الف من ثمن مبيع وقال المقر له لا بل من قرض يجب الالف على
المقر قوله بخلاف تلك المسألة اشار بها الى قوله قال لغيره بعتني هذه الجارية بكذا وقال
المولى زوجتها منك لا يحل وطيها يعني ان الحكم في تلك المسألة ليس بمتحد لان حكم ملك اليمين
لغاية حكم النكاح لان الحل في النكاح مقصود وفي ملك اليمين تبع لا مقصود فلما لم يتفقا
على احد الحكمين لم يثبت الحل قوله ظهر الاختلاف بين الصحابة مر انفا بيانه قوله بخلاف الاولى
اي بخلاف المسألة الاولى وهي ما اذا قتل المكاتب وليس له وارث الا المولى وقد مر انفا قوله
قال واذا قتل عبد الرهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن اي قال القدوري
في مختصره وقال الكرخي في مختصره ولو كان المقتول رهنا فقتل في يد المرتهن فان اجتمع
الراهن والمرتهن على القصاص فلهما ذلك وان اختلفا فلهما القيمة وكذا ذكر رواها
محمد عن ابي حنيفة وهو قوله الى هنا لفظ الكرخي وانما لم يجز لواحد منهما ان ينفرد بالقصاص
لان الراهن اذا اقتص اسقط حق المرتهن من الدين فلم يتمكن منه من ذلك واما المرتهن
فليس بمالك للعبد فلا يثبت له القصاص فاذا اجتمعا فقد رضي المرتهن باسقاط حقه
وكان العبد قتل وليس برهن قوله قال واذا قتل ولي المعتوه فلابيه ان يقتل اي قال في الجامع
الصغير اذ ابو ولي المعتوه قريبه كما اذا كان له ابن مثله وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي ح

في المعتوه يكون له الاب فيقتل رجل ولي المعتوه عمدا فالاب ان يقتل وان يصالح وليس له ان يعفو
وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا وكذلك الوصي في هذا الا في القتل فانه ليس له ان يقتل استحسانا
لفظ اصل الجامع الصغير قال فخر الاسلام البزدوي وحاصل هذا الفصل ان الروايات اتفقت في الاب
انه يستوفي القصاص في النفس وما دونها وانه يصالح في البابين جميعا ولا يصح عفوه في البابين جميعا
واتفقت الروايات في الوصي انه لا يملك استيفاء النفس وانه يملك استيفاء ما دونها وانه
يملك الصلح فيما دونها ولا يملك العفو في البابين واما اختلفت الروايات في الوصي في فصل
واحد وهو صلحه في النفس على مال فقال ههنا اي في الجامع الصغير يصح صلحه وقال في كتاب
الصلح لا يصح اما الاب فانه يستوفي القصاص بكل حال لان القصاص شرع للتشفي ودرك
الثار وذلك راجع الى النفس وللاب ولاية على نفسه لقربه وكمال شفقته وهذا امر معهود من
الاباء واما الصلح فلانه انفع للصغير والمعتوه من الاستيفا فلما ملك الاستيفا كان الصلح اولى
فاما العفو فلا يملكه لانه ابطال الحق واما الوصي فانه لا يملك استيفا القصاص في النفس لان
انه نهاية الولاية على النفس وليس للوصي هذه الولاية لانه لا ينزل منزلته في التشفي ودرك الثار
ويملك استيفا ما دون النفس والقياس ان لا يملكه لانه عقوبة مثل القتل به اذ به ما يراد بالاخر
وجه الاستحسان ان الطرف لما كان تبعا للنفس صح وقاية لها صار كالمال ولهذا جوز ابو حنيفة
القضا بالنكول في الطرف والوصي يملك استيفا المال واذا ملك الاستيفا فيما دون النفس
ملك الصلح فيه لانه انفع واما العفو فانه لا يشكل انه باطل واما الصلح في النفس فلا يصح من الوصي
في رواية كتاب الصلح لان الصلح بمنزلة الاستيفا ولما كان الاستيفا تصرفا في النفس كان
الاعتياض عنه ملحقا به ووجه هذه الرواية ان القصاص ليس باستيفا المال بل المقصود منه استيفا و
درك الثار وذلك لا يحصل باستيفائه فيبطل لفوات المقصود واما المقصود بالصلح فمنفعة
المال وذلك حاصل بعقده كما يحصل بعقد الاب فوجب القول بصحته قالوا الصحيح ان القاضي مثل الاب
يملك الاستيفا في النفس وفيما دون النفس لانه قال ولاية في النفس والمال جميعا الا ترى انه اذا امتنعوا
قالوا في رجل قتل عمدا ولا ولي له ان للسلطان ان يقتل قاتله وله ان يصالح وكذلك اذا قتل اللقيط
في قول ابي حنيفة ومحمد قال الفقيه ابو الليث هذا اذا ادرك معتوها واما اذا ادرك عاقلا ثم
العته ففي قول زفر لا ولاية للوصي في ماله ولا في نفسه وفي قول ابي يوسف حكمه وحكم الذي ادرك
معتوها سوا قوله لانه من الولاية على النفس اي لان استيفا القصاص قوله صلحه كالاب

قال بعض الشارحين في هذا الموضع كل من ملك الانكاح لا يملك استيفا القصاص فان الاخ
يملك استيفا القصاص اذا لم يكن ثمة من هو اقرب منه كالاب والابن وكذلك يملك الانكاح
اذا لم يكن ثمة ولي اقرب منه فاذا كان ثمة اقرب منه فلا يملك الانكاح ايضا لان من يستحق
الدم هو الذي يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكر والانثى في ذلك سوا حتى الزوج والزوجة
وبه صرح في الكرخي في مختصره قوله وله ان يصالح اي وللاب ان يصالح القاتل على مال عن قصاص
وجب عليه قال بعضهم في شرحه هذا اذا اصالح على مثل الدية اما اذا اصالح على اقل من الدية
لم يجز الحط وان قل ويجب كمال الدية ولنا فيه نظر لان لفظ محمد في الجامع الصغير مطلق
حيث جوز صلح اب المعتوه عن دم قريبه مطلقا لانه قال وله ان يصالح من غير فصل بقدر الدية ا
فينبغي ان يجوز الصلح على اقل من قدر الدية عملا باطلاقه وانما جاز صلحه على المال لانه انفع
للمعتوه من القصاص فاذا جاز استيفا القصاص فالصلح اولى والنفع يحصل في القليل والكثير
الا ترى ان الكرخي قال في مختصره واذا وجب لرجل على رجل قصاص في نفس او فيما دونها فصالح صاحب
الحق من ذلك على مال فذلك جائز قليلا كان المال او كثيرا لانهم ذكروا ان دية النفس وارش الجراحة
او اكثر وهو حال في مال الجاني ولا يكون ذلك على العاقلة الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قوله وهذا
من قبيله اي القصاص من قبيل الولاية على النفس وليس للوصي ذلك قوله تحت هذا الاطلاق
اي اراد بقوله والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك قوله فنزل منزلة الاستيفا اي ينزل الصلح
على مال عن النفس منزلة استيفا القصاص لكونه تصرفا في النفس وليس للوصي استيفا القصاص
فكذلك لا يكون له الصلح عنه وهذه رواية كتاب الصلح قوله ووجه المذكور ههنا اي في الجامع
الصغير قوله لما فيه من الابطال اي في العفو من القصاص ابطال حق المعتوه اصلا قوله
مجانا او لانه اي الوصي اولى بان لا يعفو من القصاص من الاب قوله قال ومن قتل وله اولياء صغار
وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل عند ابي حنيفة وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار اي
قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يقتل عمدا وله اولياء صغار وكبار
هل للكبار ان يقتلوه قبل ان يكبر الاصاغر فقال نعم وقال ابو يوسف ليس لهم ان يقتلوه حتى
يكبر الاصاغر الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وذكر الشيخ ابو جعفر الطحاوي والشيخ ابو الحسن
الكرخي في مختصريهما قول محمد مع ابي يوسف قال الطحاوي ومن قتل عمدا وله اولياء بعضهم
حاضرون وبعضهم غائبون لم يقتل حتى يحضروا جميعا ومن قتل وله ابنان احدهما كبير والاخر صغير

فان ابا حنيفة قال للكبير ان يقتل قبل ان يكبر الصغير وقال ابو يوسف ومحمد ليس له ذلك حتى يكبر الصغير
الى هنا لفظ الطحاوي وقال الكرخي قال ابو حنيفة اذا قتل الرجل وله اولاد صغار وكبار فللكبار
من ولده ان يقتلوا قبل بلوغ الصغار واحتج بان قاتل علي رضي الله عنه قتله الحسن وفي ورثة علي
صغار وقال ابو يوسف ومحمد ليس للكبار ان يقتصوا حتى يبلغ الصغار الى هنا لفظ الكرخي
وقال القدوري في شرحه وكان ابو بكر الرازي يقول قول محمد مع ابي حنيفة وقال علاء الدين العالم
في طريقة الخلاف القصاص اذا كان بين صغير وكبير تفرد الكبير بالاستيفاء وقال الباقون
من اهل العلم لا ينفرد وجه قولهم ان القصاص حق مشترك بين الصغار والكبار فلا يكون للكبار
ان يستوفوا حق غيرهم كما اذا كان احد الورثة غائبا وكما اذا قتل عبد بين اثنين ليس لاحد الشريكين
ان ينفرد بالقصاص وكما اذا قتل معتق لاثنين وهما ولياه ليس لاحدهما التفرد بالقصاص ولنا
قوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فالكبير هو الولي فله القتل بحكم الاية
فالمراد من السلطان هو القتل بدليل قوله تعالى فلا يسرف في القتل وروي عن علي بن ابي طالب رضي
الله عنه لما اصابه ابن ملجم قال في وصيته اما انت يا حسن فان شئت ان تعفو فاعف وان شئت ان تقتص
فاقتص بضربة واحدة واياك والمثلة فلما مات علي قتله به وفي ورثته علي صغار منهم العباس
بن علي كان له اربع سنين وذلك بحضرة الصحابة من غير نكير كذا في الاسرار وقال محمد بن سعد في
كتاب الطبقات الكبير والعباس بن علي يومئذ صغير فلم يستاذن به بلوغه ولان ملك القصاص
ثابت للكبير على سبيل الكمال فوجب ان ينفرد بالاستيفاء قياسا على القصاص الواجب على رجل اذا قتل
شخصين لكل واحد منهما ولي على حدة حيث يثبت لكل واحد منهما ملك القصاص على سبيل الكمال
حتى ينفرد بالاستيفاء وان ابى الاخر او عفا بيان ثبوت ملك القصاص للكبير على سبيل الكمال ان
البنوة سبب لثبوت ملك القصاص وهي لا تتجزى فلا يتجزى ملك القصاص ايضا فيثبت لهما على سبيل الكمال
كما يثبت لهما على سبيل الكمال عند الانفراد والاجماع دال على ان الكبير يملك القصاص لانه يملك العفو والاعتياض
فلو لم يملك القصاص لم يملك ذلك لانه مبني على ملك القصاص ولانه لو انتظر بلوغ الصغار
فاما ان ينتظر للاستيفاء او لتوهم العفو في ثاني الحال فلا معنى للتاخير لاجل الاستيفاء لانهم
لو اجتمعوا لكان لبعضهم ان يقتله فلا يكون لاجتماعهم فائدة ولا فائدة للانتظار لاجل العفو
في ثاني الحال لانه لو وجب لهذا المعنى لكان لا يجب القصاص بوجه من الوجوه لان كل قصاص
يجب فانه يتوهم العفو في ثاني الحال ومع ذلك لا يؤخر فكذلك ههنا وليس بمنزلة غيبة بعض

الى آخره

الورثة

الورثة لان هناك يتوهم العفو من الغائب في الحال واما ههنا فلا يوجد هذا المعنى والجواب
عن مسئلة المولى قالوا انه لا ولاية في هذا نمنع ونقول لا نم انه لا ينفرد احدهما بالاستيفاء
ولئن سلمنا فنقول ان احد الموليين انما لم ينفرد بالاستيفاء لان السبب لم يكمل في حقه لان
بعض الملك وبعض الولاء ليس بسبب اصلا فصار اجمعا كشخص واحد فثبت ملك قصاص
واحد لشخص واحد بخلاف القرابة فانها سبب كامل لاستحقاق كل القصاص يؤيد ما قلنا
ان الفرق بين حق ثبت بحكم الملك وبين حق ثبت بحكم السبب ان الامة المشتركة بين الموليين لا يملك
احدهما ان ينفرد بتزويجها بخلاف الاخت حيث يزوجها احد الاخوين لان السبب هناك متبعض
وههنا لا والباقي يعلم في نسخ طريقة الخلاف ان شاء الله تعالى قوله قال ومن ضرب رجلا بمر فقتله
فان اصابه بالحديد قتل به وان اصابه بالعود فعليه الدية اي قال في الجامع الصغير قال
فخر الاسلام وهذه بعينها من الخواص اطلق الرواية في الجامع الصغير ولم يفصل فان اصابه
بحد الحديد فعليه القصاص عندهم جميعا لوجود القتل على وجه الكمال وان اصابه بعرض الحديد
فقتله فكذا يجب عليه القصاص عند ابي حنيفة في ظاهر الرواية لوجود القتل على صفة الكمال
نظرا الى الالة لان الحديد سلاح كله حده وعرضه وهو سلاح كله في العادة والشريعة
في الدنيا والاخرة قال وانزلنا الحديد فيه باس شديد وقال تعالى ولهم مقامع
من حديد وروى الطحاوي انه يعتبر الجرح ان قتله جرحا باي الة كانت يجب القصاص
سواء كانت حديدا او لم تكن بعد ان تكون الة يقصد بها القتل عادة لوجود القتل من كل وجه
بتخريب البنية ظاهرا او باطنا بصفة العمد وان قتله دقا لا قصاص عليه سواء كانت
الالة حديدا او لم تكن لعدم افساد الظاهر فلم يكن القتل حاصلا بصفة الكمال قال
الصدر الشهيد وسجانت الميزان على اختلاف الروايتين ايضا ثم قال والاصح الجرح
اي عند ابي حنيفة وان اصابه بالعود فعليه الدية ولا قصاص عليه لانه ليس بسلاح
ولكنه ان كان عظيما لا يلبث كان كالسيف عند ابي يوسف ومحمد وعند ابي حنيفة هو كالسوط
والمسئلة معروفة احتجا بان الالة تعمل عمل السيف ولا بادة فوجب ان يلحق به واحتج ابو
حنيفة بان هذا القتل تمكنت فيه شبهة الخطا فلا يلحق به العمد كالقتل بالسوط الصغير
لان الالة غير موضوعة للقتل ولانه يؤثر في الباطن دون الظاهر الا انه لا تعدو لماله اثر منها فكذلك
ههنا قوله وعنه انما يجب اذا جرح وهو رواية الطحاوي قوله على ما بيناه في هذه الحوالة نظر

فيصير عمدا
اثر فيهما فاقد
الاثر في رواية
الظاهر

قوله فقتل هو بمنزلة العصا الكبيرة اي عود المراد انه كان لا يلبث بمنزلة العصا الكبيرة فيكون
قتلا بالمثقل كمدقة القصارين وحجر الرحا لا يجب القصاص عند ابي حنيفة ولكن يجب الدية في ماله
في ثلاث سنين لانه قتل عمد موجب القصاص لقوله عليه السلام العمد قود قوله وقيل هو بمنزلة
السوط يعني اذا كان العود مما لا يلبث قوله وهي مسألة الموالاة اذا والى الضربات بالسوط
الصغير والعصا الصغيرة لا يجب به القصاص وقال الشافعي يجب القصاص اذا والى الضربات على وجه
لا يحتمل النفس عادة لانه دلالة القصد الى القتل ولنا انه لا يصلح دلالة القصد الى القتل لانه قد شرع هذا
في التعزير في موضع لا يكون القتل مشروعا وما لو كان ذلك دلالة القصد لم يشرع في موضع لا يكون
القتل مشروعا ولان احتمال حصول القتل بالضربة الاولى والثانية قائم لانه من الجائز ان اصاب
المقتل فافضى الى فوات الحياة فلا تدل على صفة العمدية لان الضربة والضربتين يراد بهما التأديب
غالبا لا القتل ويحتمل ان القتل حصل بالموالاة بكل الضربات فيكون القتل بصفة العمدية فتمكن
هذا الاحتمال يوجب تمكنا لخلل العمدية فلا يجب القصاص لان الشبهة دارئة للقصاص والدليل
عليه الحديث الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا ولم يفصل بين الموالاة وعدمها ولان الغالب
هو القتل بالموالاة فيحال عليه قوله وعساه اصاب المقتل اي لعل اول الفعل وهو الضربة اصاب المقتل
فافضى الى القتل فلا يدل ذلك على العمد فلا يجب القصاص لان الضربة لا يراد بها القتل بل التأديب
ومن غرق صبيا او بالغا في البحر فلا قصاص عند ابي حنيفة وقالا يقتص منه وهذه من مسائل
الجامع الصغير قال فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يغرق الصبي او الرجل في البحر قال لا
قصاص عليه وقال يعقوب ومحمد عليه القصاص وقول الشافعي كقولهما ولكن عند الشافعي
يقتص منه بالتغريق وعندهما يقتص بالسيف وقد مر ذكر عند قوله ولا يستوفى القصاص
الا بالسيف وجه قول الشافعي قوله عليه الصلاة والسلام من غرق غرقناه ومن احرق احرقناه
ووجه قولهما ان الماء اذا كان عميقا لا يتخلص منه غالبا يكون كالقتل بالنار والحديد فيجب فيه
القصاص لكن بالسيف كقوله عليه الصلاة والسلام لا قود الا بالسيف وليس كذلك اذا كان
مما يتخلص منه لان ذلك لا يقصد به القتل فصار ذلك كالقتل بالعصا الصغير ولان الماء الذي
لا يتخلص منه قاتل عادة فصار مثل هذا الماء آلة للقتل واستعمال آلة القتل دليل العمدية
ولا شك في عصمة المحل لان كلامنا فيما اذا كان المقتول محقون الدم على التأبيد وقد وجد
فيجب القصاص ولابي حنيفة انه قتل بما ليس بسلاح ولا يجري مجرى السلاح في تفريق الاجزاء

فلا يجب فيه القصاص لقوله عليه الصلاة والسلام لا قود الا بالسيف ولان الماء لا يعمل في الظاهر
وليس بآلة للقتل فلم يكن في معنى السيف ولا يعذب بالماء في الدار الآخرة الا بما سطع الحرارة المنافية
لتصيره بمنزلة النار قال الله تعالى يطوفون بينها وبين حميم آن وهو الذي انتهى حره فاما عينه فطهور
وغذاء في الوضع فكان ذكر مثل الحجر والخشب وما ليس بسلاح على الاختلاف بخلاف النار فانها تعمل في الظاهر
والباطن جميعا وهو العذاب الاكبر في دار العذاب في دار الآخرة فكان فوق السيف فتعدى اليه
حكم القصاص والجواب عن حديث الخصم قالوا انه غير مرفوع الى النبي عليه السلام ولئن صح فهو محمول
على السياسة بدليل اضافة التغريق الى النبي صلى الله عليه وسلم حيث قال من غرق غرقناه وان من
غرق غرق واذا لم يجب القصاص بالتغريق يجب الدية المغلظة على العاقلة في ثلاث سنين لانه
شبه العمد وقد مر حكم شبه العمد قوله ولا مراء في العصمة يعني لا شك في عصمة المحل قوله
وفيه وفي كل خطأ ارش من تمام الحديث قوله ولان القصاص ينبئ عن المماثلة يعني ان القصاص
لما كان ينبئ عن المماثلة لغة الحرب بدليل قولهم اقتص اثره اي تبعه وسمي الجانيان متقاصين
لان احدهما مماثل الآخر لم يجب القصاص في التغريق لان القصاص بالسيف وهو يعمل في الظاهر
والباطن والتغريق لا يعمل في الظاهر وكذا لا يجب القصاص في القتل بالمثقل كمدقة القصارين
لانه لا مماثلة بين الدق الذي يعمل في الباطن دون الظاهر وبين الجرح بالسيف الذي يعمل في
الظاهر والباطن جميعا قوله وقد اومت اليه اضافته الى نفسه اي اشارت الى الحمل على السياسة
اضافة النبي صلى الله عليه وسلم فعل التغريق الى نفسه باسناد الفعل حيث قال غرقناه قوله
واختلاف الروايتين في الكفارة اي اختلاف الروايتين عن ابي حنيفة في شبه العمد في الكفارة
روي ان الكفارة تجب وهو الصحيح وروي انها لا تجب اما الدية في شبه العمد تجب على العاقلة
رواية واحدة قال في شرح الكافي وان كان خناقا قد خنق غير مرة وهو معروف بذلك
فعليه القتل بطريق السياسة لما جاء في الحديث ان يهوديا رضخ راس صبية بين حجرين
فاخذ فاعترف فامر النبي صلى الله عليه وسلم برضخ راسه لان عادته كانت ذلك
قوله قال ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص اي قال
القدوري في مختصره وذكر لان سبب وجوب القصاص سفك دم محقون على التأبيد عمدا وقد
وجد ذلك ولم يوجد ما يبطل حكمه من العفو او الشبهة فيجب القصاص لان الظاهر انه مات بذلك
السبب لعدم تخلل البرء فاضيف الحكم الى الظاهر قال واذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين
فقتل مسلم مسلما ظن انه مشرك فلا قود وعليه الكفارة اي قال في الجامع الصغير اما عدم

وجوب القصاص فلانه وقع خطاء منه واما وجوب الكفارة لانه اراق دما معصوما بعصمة الاسلام خطاء وفي الخطاء الكفارة بالنص وقال فخر الاسلام يجب الدية ايضا ونقله عن السير الكبير لانه خطاء وفي الخطاء الدية بالنص قال الفقيه ابو الليث في الجامع الصغير لم يذكر محمد في الجامع الصغير الدية انها تجب ام لا ثم قال الفقيه وهذا اذا حمل على وجهين ان كان في صف المشركين فظن انه مشرك لا تجب عليه الدية وتجب عليه الكفارة وان لم يكن في صف المشركين ولكن كانوا مختلطين فظن انه مشرك فقتله فعليه الدية والكفارة ولا قصاص عليه اما اذا كان في صف المشركين لا تجب على المسلم الدية لان المسلم مامور بقتال الكفار والذي وقف في صفهم فقد عرض نفسه للتلف الا ترى الى ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تعالى بعثني بالسيف بين يدي الساعة وجعل رزقي تحت ظل رمحي وجعل الذل والصغار على من خالفني ومن تشبه بقوم فهو منهم والخبر وارد في امر القتال ففيه دليل ان الذي وقف في صف المشركين فقد تشبه بهم فهو في حكمهم فصار القتل هو منهم واذا كان في الحكم منهم لا تجب الدية ولكن تجب الكفارة كرجل قتل مسلما اسلم في دار الحرب فعليه الكفارة ولا دية عليه فكذلك هنا واما اذا كانوا مختلطين فانه تجب الدية لانه قتل مسلما خطاء واذا قتل مسلما خطاء تجب الدية والكفارة لقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطاء فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله وروي في الخبر ان المسلمين قتلوا يوم احد اليمان وهو ابو حذيفة فظنوا انه مشرك فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على المسلمين بالدية فتركها حذيفة ولم ياخذها **قوله** وكذا الدية بالنصب عطفا على قوله الكفارة يعني يوجب قتل المسلم مسلما على ظن انه مشرك الدية ايضا كما يوجب الكفارة

قوله على ما نطق به الكتاب اي كتاب الله تعالى اشارة الى قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطاء فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله **قوله** على اليمان ابي حذيفة قال ابن شاهين في كتاب المعجم حدثنا عبد الله بن محمد قال حدثني عمي عن ابي عبيد قال حذيفة بن حسيل ابن جابر بن ربيعة بن عمرو بن اليمان وانما قيل حذيفة بن اليمان لانه من ولد اليمان بن جروة بن الحارث بن قطيعة بن عبس توفي حذيفة بالمداين سنة ست وثلاثين وقال في كتاب الهداية والارشاد قال الواقدي حذيفة بن اليمان بن حسيل بن جابر العبسي حليف بني عبد الاشهل وابن اختهم ثم اعلم ان اليا قد تلحق باخر الاسم مشددة مكسورا ما قبلها للنسبة كيمني وشامي وقد تزاد عوضا عن التشديد فيقال اليمان وشام كذا في المفتاح **قوله** ثم ان كان اليمان الذي حذيفة منسوبا الى اليمن يجب ان يكون نونه مكسورة لانه حذف منه يا النسبة وعوض منه الالف وبقي النون على حاله وان كان اسما موضوعا له هكذا يجب ان يجري بوجوه الاعراب

قوله

269

قوله قال ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد واصابته حية فمات من ذلك فعلى الاجنبي ثلث الدية اي قال في الجامع الصغير وصورتها في اصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد واصابته حية فمات من ذلك قال الاسد والحية شيء واحد وعلى الاجنبي ثلث الدية وذلك لان القتل حصل بثلاثة انواع من الفعل وهي جناية الاسد والحية وهي نوع واحد وعلى الاجنبي ثلث الدية وذلك لان القتل حصل بثلاثة انواع من الفعل وهي جناية الاسد والحية وهي نوع واحد لكونه هدرا في الدنيا والاخرة لانه لا يجب الضمان ولا الاثم بذلك وفعل نفسه وهو نوع اخر وهو معتبر لعين هدر في الاخرة لانه ياثم بجنايته على نفسه وان لم يكن معتبرا في حق الضمان للتنافي لان الانسان لا يصح ان يضمن نفسه لنفسه وقال ابو حنيفة ومحمد ان من قتل نفسه يغسل ويصلى عليه وقال ابو يوسف يغسل ولا يصلى عليه كالباغي لانه باغ على نفسه ويوثم بالاجماع فثبت ان جنايته على نفسه ليست بهدر مطلقا وهما يقولان انما يكون تمام القتل بالموت وعند الموت هو ليس باهل للاثم وفعل الاجنبي وهو نوع اخر لانه معتبر في الدنيا والاخرة لانه يوجب الضمان والاثم جميعا وكان القتل حاصلا بثلاث جنايات ثلثها هدر اصلا لما قلنا وثلثها الذي هو فعل نفسه لم يوجب الضمان ايضا للتنافي فبقي الثلث وهو فعل الاجنبي فوجب عليه ثلث الضمان وهو ثلث الدية ولكن تجب في ماله لان تعلق وقع عمدا والعاقلة لا تتحمله **فصل في شهر** لما ذكر المسائل التي هي مات كتب القتل شرع في فصل يشتمل على مسائل فيها عرضية وجوب القصاص يقال شهر سيفه اذا سله واطل دمه اي اهدر **قوله** قال ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم ان يقتلوه اي قال في الجامع الصغير وصورتها في اصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل شهر على المسلمين سيفا قال حق على المسلمين ان يقتلوه ولا شيء عليهم وذلك لانه لما شهر عليهم السيف وقصد قتلهم صار حربا عليهم فكان كالباغي فبطلت عصمته ودمه للحمايته قال تعالى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله فجاز للمسلمين الذين شهر عليهم السيف ان يقتلوه وفي قوله عليهم ان يقتلوه اشارة الى انه يجب عليهم ان يقتلوه دفعا للشر عن انفسهم لان دفع الشر واجب وجاز لغيرهم ان يعينوهم على ذلك حتى يدفعوا الشر عنهم لقوله عليه الصلاة والسلام انصر اخاك ظالما او مظلوما يعني اذا كان ظالما تمنعه عن الظلم واذا كان مظلوما تمنع الظالم عنه وباقي الكلام في هذا الموضع مر في اخر كتاب السرقة **قوله** قال وان شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية

في ماله اي قال في الجامع الصغير قال الامام علاء الدين العالم في طريقه الخلاف الجمل او الصبي
او المجنون اذا صال على انسان فقتله المصول عليه يضمن وقال الشافعي لا يضمن اجمعوا ان
الحر او العبد او صيد الحرم اذا صال على انسان فقتله المصول عليه لا يضمن وروى عن ابي يوسف
انه يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون وقال الطحاوي في مختصره وقال ابو يوسف
استقبح في هذا ان اضمنه قيمته لدي في البعير اذا صال على انسان وجه قول الشافعي الاعتبار
بما ذكر ناس الاحكام ولان التلف اضيف الى فعل الدابة او المجنون لان المصول عليه مسلوب
الاختيار من جهة المكره فصار التلف الى فعل المكره فكذلك المصول عليه صار مسلوب
الاختيار من جهة الصائل لانه مضطر في دفع الهلاك عن نفسه فصار كالالة وهذا معنى قوله
فاشبه المكره والفرق لابي يوسف ان فعل الدابة لا يعتبر حتى لم يتحقق ذلك لا يجب الضمان
لان جرح العجماء جبار وفعل الصبي والمجنون يعتبر بدليل وجوب الضمان اذا تحقق ذلك منهما
ولان عصمتهما لا لنفسهما لا لحق الغير وعصمة الدابة لحق المالك لا لنفسها فكان فعلهما مسقطا
لعصمتهما دون فعل الدابة ولنا انه اتلف شخصا معصوما بالعصمة الابدية كما في الصبي والمجنون
فيجب الضمان الا انه لا يجب القصاص لانه مضطر في دفع الشر عن نفسه او اتلف مالا معصوما
حقا للمالك كما في الدابة فيجب الضمان وفعل الصبي والمجنون والدابة لا يسقط العصمة
لعدم الاختيار الصحيح ولا يشبه العاقل البالغ اذا صال بالسلاح تسقط عصمته لان له اختيارا
صحيحا فان قلت ان الحيوان المؤذي لا اسر العصمة قلنا ايش نعني بذلك عصمة تثبت حقا له
او عصمة تثبت حقا للغير الذي لا يوجد منه الاذى الاول مسلم والثاني ممنوع بيانه ان عصمة
الدابة تثبت حقا للمالك ولا يرد عليه العبد الصائل لان عصمة دم العبد تثبت حقا له ولهذا
ليس للمولى سفك دمه قال ابو بكر الرازي في كتاب اهل البغي من شرح الطحاوي قال اصحابنا
فيمن شهر عليه عبد رجل سلاحا فقتله المشهور عليه انه لا ضمان عليه وفرقوا بينه وبين البهيمة
والفرق بينهما من وجهين احدهما ان حظر قتله لم يتعلق بالمولى الدليل على ذلك انه لو اباحه له
لم يكن له قتله لان المولى لا يملك ذلك منه فلا يجوز له ان يبيحه لغيره فلما لم يصح له الاباحة من
جهته لم يعتبر بقاء الحظر من جهته في ايجاب ضمانه اذا فعل العبد ما اباح به دمه الا ترى انه لو
ارتد عن الاسلام قتل وكذلك لو قتل رجلا عمدا قتل فلما كان مالكا لاباحة دمه من هذه الوجوه
كان كذلك في حمله على غيره بالسلاح واما صيد الحرم فلان عصمته انما ثبت بالشرع لحرمته

[illegible]

او لحرمة الحرم موقتا الى غاية الاذى فاذا وجد الاذى من جهته لم يبق معصوما بخلاف ما
نحن فيه قوله قال ومن شهر على غيره سلاحا في المصر فضربه ثم قتله الاخر فعلى القاتل القصاص
اي قال في الجامع الصغير قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير معنى هذا انه شهر سيفه
وضربه وتركه فلا يجوز للاخر ان يقتله اذا تركه فاذا قتله فقد قتله بغير حق واذا قتل
بغير حق فعليه القصاص واما اذا كان حين شهر عليه السيف ضربه ولم يتركه ولكنه يريد ان يضربه
مرة اخرى فقتله الاخر فلا شيء عليه وقوله فضربه اي الشاهر ثم قتله الاخر اي المشهور عليه
قال ومن دخل عليه غيره ليلا واخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه اي قال في الجامع الصغير
وذلك لان حرمة المال مثل حرمة النفس ومتى قصد نفسا معصومة بالقتل سقطت عصمته واصله
ما روى الترمذي في جامعه باسناده الى سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل عن النبي صلى الله عليه وسلم
قال من قتل دون ماله فهو شهيد ومن سرق من الارض شبرا طوقه يوم القيامة من سبع ارضين
وباسناده الى سعيد بن زيد ايضا قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من قتل دون
دينه فهو شهيد ومن قتل دون دمه فهو شهيد ومن قتل دون ماله فهو شهيد ومن قتل دون
اهله فهو شهيد وباسناده الى عبد الله بن عمرو قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اريد
ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد ومن قتل وذكر مسلم في كتاب الايمان من صحيحه باسناده الى عبد الله
ابن عمرو عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من قتل دون ماله فهو شهيد بيانه ان كل جهة
متى كان المقتول فيها شهيدا كان قاتله هدرا لو كان هو القاتل الا ترى انه لم يمنعه في الابتداء
بالقتل وله ان يسترده في الانتهاء بالقتل ايضا قالوا في شروح الجامع الصغير هذا اذا لم يمكنه استنقاذ
المال من يده الا بالقتل فاما اذا علم انه لو صاح به يترك المال ويذهب فلم يفعل هكذا ولكن
قتله كان عليه القصاص لانه قتله بغير حق كالمالك اذا قتل الغاصب لانه يتمكن من استرداد
المال من يده بدون القتل كذا ذكر فخر الدين قاضي خان قوله دون ماله اي لاجل ماله

باب القصاص فيما دون النفس لما ذكر القصاص في النفس شرع في بيان القصاص فيما دونها
والاصل في ثبوت القصاص فيما دون النفس قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والعين بالعين الى قوله والجروح
قصاص والعين الواحدة تقتص بالعين الواحدة وكذلك ما بعدها وقوله تعالى والجروح قصاص
اي ذات قصاص اي فيما يمكن حفظ المساواة فيه تحقيقا لمعنى القصاص وهذه الاية دليل
على وجوب القصاص فيما دون النفس وكذا قوله عليه السلام العمد قود وكذا ما روى البخاري في جامعه

باسناده الى انس بن مالك قال كسرت الربيع وهي عمة انس بن مالك ثنية جارية من الانصار فطلب
القوم القصاص فاتوا النبي صلى الله عليه وسلم فامر النبي صلى الله عليه وسلم بالقصاص فقال انس بن النضر
عم انس بن مالك لا والله لا تكسر ثنيتها يا رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كتاب الله
القصاص فرضي القوم وقبلوا الارش فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان من عباد الله
لو اقسم على الله لابره واذا ثبت وجوب القصاص فيما دون النفس فالمماثلة معتبرة فيه
لانه اجري مجرى الاموال بدلالة انه يتبع عمدا محضا لا شبهة فيه ومع هذا لا يجب القصاص
لعدم المماثلة كما اذا كسر عظم من ساعد او ضلع او ترقوة او ما اشبه ذلك ففيه حكومة عدل
واذا اجري مجرى الاموال اعتبرت المماثلة ولا خلاف اجمعوا ان
الصحيحة لا تؤخذ بالشلاء ولا بالناقصة الاصابع لعدم المماثلة فيها
واجمعوا ايضا ان اليمنى لا تؤخذ باليسرى ولا اليسرى باليمنى ولا
يؤخذ شيء من الاعضاء الا بمثله من القاطع الابهام بالابهام والسبابة
بالسبابة والوسطى بالوسطى والخنصر بالخنصر وكذلك الاسنان
الثنية بالثنية والناب بالناب والضرس بالضرس ولا يؤخذ الاعلى
بالاسفل ولا الاسفل بالاعلى وكذلك الشجاج والجراحات لا يقتص
فيما يجب القصاص فيه الا في موضع الشجة والجراحة من المشجوج
والمجروح والاصل فيه ان منافع الاطراف مختلفة لان اليمين يخالف
في منفعتها اليسرى والاصابع تخالف بعضها بعضا الا ترى في الانتفاع
والاسنان تخالف بعضها بعضا الا ترى ان الثنايا للتقطيع
والاضراس للطحن فصارت بالخلاف فيها فيما كالجنسين المختلفين
والمختلف الجنس لا يستحق عليه مثاله الا من جنسه فاما الشجاج
فان تاثيرها الشين الذي يحصل بها وذلك يختلف باختلاف مواضع
الراس لان الشجة في مقدم راسه لم يجز ان يشجه في مؤخره لانه
لا يستوي فيه الشين يحققه كذا ذكر القدوري في شرحه قوله
قال ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده اي قال القدوري
في مختصره قال صاحب الهداية وان كانت يده اكبر من يد الاخر كان

بيد

القاطع اكبر من يد المقطوع قال الكرخي في مختصره وكل عمدا بالجراحة
من مفصل ففيه القصاص وما كان من غير المفصل فلا قصاص فيه فاما
اذا ابان الكف من الزند او من مفصل الذراع او القدم من مفصل القدم
او اصبعا من الكف من المفصل او مفصلا من مفاصل الاصبع ففيه القصاص
وسواء كانت الجناية فيما دون النفس بسلاح او غيره ذلك سواء وفيه القصاص
اذا تعمد ذلك الى هنا لفظ الكرخي رح وذلك لان المماثلة ممكنة الا ترى
انه يضع السكين في المفصل فيستوفي مثل ما استوفى القاطع بخلاف
ما اذا ابان من غير المفصل حيث لا يجب القصاص لانه لا يمكن استيفاء المماثلة
فيه لانه ليس هنا حد ينتهي اليه القطع وانما استوى الجناية فيما دون
النفس بسلاح وغيره لان ما دون النفس لا يثبت فيه شبه العمد
وانما هو عمد او خطأ قال صاحب الهداية ولا معتبر بكبر اليد وصغرها
لان منفعة اليد وهي البطش لا يختلف بالصغر والكبر وهذا بخلاف
ما اذا شج رجلا موضحة فاخذت الشجة ما بين قرني المشجوج
وهي لا تاخذ ما بين قرني الشاج حيث يخير المشجوج ان شاء اخذ ارش الموضحة
وان شاء اقتص بقدر شجته لان المعتبر في ذلك الشين فاذا اقتص
بمقدار الشجة الاولى طولا وعرضا لا يكون الشين في الشجة الثانية
مثله في الاولى لان الشين في الثانية اقل ولو اقتص اكثر من ذلك
يجب ليستوعب ما بين قرني الشاج يكون ذلك زيادة على قدر حقه
فلا يقع المماثلة في القصاص ولكن في رعاية المماثلة صورة باستيفاء
قدر حقه لا ينقص حق المجني عليه معنى فكان مخيرا بخلاف اليد
الكبيرة والصغيرة فان منفعتهما لا يختلف قوله قال وكذلك
الرجل ومارن الانف والاذن اي قال القدوري في مختصره يجب اذا
قطع رجلا انسان عمدا من المفصل او مارن الانف وهو ما لان
منه او الاذن يجب فيه القصاص لان المماثلة ممكنة وانما قيد
بالمارن لانه اذا قطع قصبة الانف لا يجب القصاص لانها عظم
ولا يجب قصاص والقصاص في العظم سوى السن واما الاذن اذا قطع
كلها ففيها القصاص لامكان المماثلة لانها لا تنقبض ولا تنبسط

ولا تنبسط وان قطع بعضها وللقطع حد يعرف امكنت المماثلة فيجب القصاص
وان لم يكن يعرف سقط القصاص كذا ذكر القدوري في شرحه قوله
قال ومن ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص عليه اي قال القدوري في مختصره
وتمامه فيه وان كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص يحمى له المرآة
ويجعل على وجهه قطن رطب ويقابل عينه بالمرآة قال الكرخي في مختصره ولا
قصاص في العين اذا اعورت او انخسفت وانما فيها القصاص اذا كانت قائمة
لا ذهب ضوؤها وهو قولهم جميعا الى هنا لفظ الكرخي وذلك لانها اذا اعورت
او انخسفت تعذرت المماثلة لانا لو قورناها لم يكن هناك حد لا تستوفى
المماثلة وان اذهبنا ضوؤها لم يفعل فعله الجاني فصار كمن قطع اليد من
نصف الساعد لا يجوز ان يقطع يده من الزند كذا اذا ذهب ضوؤها
كان القصاص ممكن لانه يجعل على وجهه القطن المبلول ويحمى المرآة وتقرب
من عينه حتى يذهب ضوؤها قال القدوري في شرحه روي ان علي بن ابي
طالب رضي الله عنه حكم بذلك بحضرة الصحابة من غير خلاف لان هذا حدث
في زمن عثمان رضي الله عنه فشاور الصحابة فلم يكن عندهم فيه شيء
حتى جاء علي فقضى بذلك وعمل عليه عثمان رضي الله عنه قوله قال
وفي السن القصاص اي قال القدوري في مختصره اذا نزع سن رجل
عمدا او كسر بعضها اقتص من الجاني لامكان المماثلة الثنية بالثنية
والناب بالناب والضرس بالضرس والاعلى بالاعلى والاسفل بالاسفل
والاصل فيه قوله تعالى والسن بالسن وحديث الربيع وقد مر في اول الباب
ولا معتبر بكبر السن وصغرها لان منفعة السن وهي القطع في الثنايا
والطحن في الاضراس لا تختلف قوله قال وفي كل شجة يمكن فيها المماثلة
القصاص اي قال القدوري في مختصره وذلك لانه اذا امكن المماثلة في
القدر وفي مثل موضع الشجة وجب القصاص لقوله تعالى والجروح قصاص
بخلاف اذا لم يمكن المماثلة فانه لا يجب القصاص والموضحة يجب فيها
القصاص لانه يمكن انهاء السكين الى العظم قال الكرخي في مختصره
والشجاج كلها لا قصاص فيها الا الموضحة والسمحاق ان امكن القصاص
في السمحاق وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة والسمحاق هو التي بينها
وبين

وبين العظم جلدة وقال محمد في الاصل ان القصاص يجب في الموضحة
والسمحاق والدامية والباضعة وما فوق الموضحة
وهي الهاشمة والمنقلة والامة لا قصاص فيها عند احد
من اهل العلم الى هنا لفظ الكرخي قوله لما ذكرنا اشارة
الى قوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة قوله
قال ولا قصاص في عظم الا في السن اي قال القدوري
في مختصره اما السن فانما وجب القصاص فيها لما بينا واما
سائر العظام فلم يجب فيها القصاص لعدم امكان المماثلة لاحتمال
الزيادة والنقصان بخلاف السن لانه يبرد المكسور منه
ومن سن الجاني مثل ذلك بالمبرد قال القدوري في شرحه
روي عن ابن مسعود انه قال لا قصاص في عظم الا السن وعن
عمر انه لا قصاص في عظم قوله قال وليس فيما دون النفس
شبه عمد انما هو عمد او خطأ اي قال القدوري في مختصره
وذلك لان شبه العمد في النفس انما ثبت بالنظر الى الالة لان
الالة لم توضع للقتل فلم يجب القصاص بل وجبت الدية المغلظة
نظرا الى التعمد وفيما دون النفس يستوي السلاح وغير
السلاح في اتلافه فاذا تعمد باي شيء كان سلاحا كان او غير
سلاح فابان من المفصل يجب القصاص فاذا كانت الابانة من
غير تعمد يجب الارش ولكن لا يجب القصاص فيما دون النفس
حتى يبرأ منه او يموت ولا يعجل بل يتربص خلافا للشافعي
وقد عرف ذلك في الاسرار وغيره قال في العيون ولو ان
رجلا لوى ثوبا فضرب به راس انسان فشجه موضحة
قال هذا عمد لا خطأ دون النفس ولو مات منه قال [illegible] صار
خطأ يعني لا يجب القصاص قوله ولا قصاص بين الرجل
والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين
العبدين وهذا لفظ القدوري في شرحه وعند الشافعي
يجري القصاص في جميع ذلك الا في الحر يقطع طرف العبد فانه

فانه لا يجري القصاص على الحر عنده ايضا لما ان القصاص
يجري بين نفس الرجل والمراة وبين نفس الحر والعبد
لا يجري القصاص في الاطراف ايضا لان الاطراف تابعة
للانفس ولنا ان القصاص مبناه على المساواة ولا مساواة
بين طرفي الرجل والمراة لان يد المراة تصلح لنوع من
المنافع لا تصلح له يد الرجل فصار كاليمين واليسار
ولان اروش الاطراف مختلفة فصارت كالصحيح والا
شل وكذلك لا يجري القصاص بين الحر والعبد
فيما دون النفس للتفاوت في الارش لان وجوب القصاص
في الاطراف يعتبر فيه التساوي في الارش بدليل ان
الصحيح لا يقطع بالاشل ولا الكامل الاصابع بالناقص
الاصابع لاختلاف الارش وارش طرف الحر والعبد
يختلف فلا يجري القصاص بل يجب الارش وكذلك
لا يجري القصاص بين العبيد والعبيد في الاطراف لانهم
يختلفون في القيم فوجوب القصاص في الاطراف يعتبر
على التساوي في القيمة ولم يوجد التساوي وان
تساوت قيمتهم فذلك يعلم بالحزر والظن والمماثلة
الثابتة شرعا لا يثبت بالحزر والظن كالمماثلة في
الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها فان قيل هذا
الذي ذكرتموه صحيح في المنع من قطع الصحيح
بالاشل والحر بالعبد والذكر بالانثى فهلا اجزتم
ان يقطع المراة بالرجل والعبد بالحر كما يقطع
الاشل بالصحيح قيل النقص على ضربين نقص من
طريق المشاهدة فيمنع من استيفاء الكامل بالناقص
ولا يمنع من استيفاء الناقص بالكامل كالشلل
ونقص من طريق الحكم فيمنع من استيفاء كل واحد
منهما بالآخر كاليسار باليمين وما نحن
فيه

فيه نقص من طريق الحكم قوله ان الاطراف
يسلك بها مسلك الاموال اي لكونها وقاية
للنفس كالاموال قوله ويجب القصاص
في الاطراف بين المسلمين والكفار كذا ذكر القدوري
في مختصره وذلك لان الكافر مستو في ارش
الطرف مع المسلم فصار كالحرين المسلمين
قوله قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد
او جرحه جائفة فبرا منها فلا قصاص عليه اي
قاله القدوري في مختصره وكذلك لو قطع رجله
من نصف الساق لا يجب القصاص بل يجب حكومة
عدل وذلك لان القطع يقع في العظم لا تستوفى
المماثلة لانه ليس له حد معلوم ينتهي اليه
القطع بخلاف السن وقد بيناه واما الجائفة
وهي التي تصل الى البطن من الصدر او الظهر
او البطن اذا برات لا يكون فيها القصاص
لان الجائفة كم تفضي جراحتها الى الهلاك
فيها غالب فاذا افضت الى الهلاك غالبا لا يمكن

المماثلة بين الثانية والاولى لوجود البرء في
الاول دون الثانية فلا يجب القصاص لانتفا
شرط القصاص بل يجب ثلث الدية في ماله
ولا تكون الجائفة الا فيما يصل الى البطن ولا تكون
في الرقبة ولا في الحلق ولا في اليدين ولا في الرجلين
فان كانت الجراحة من الانثيين والدبر فهي جائفة
ذكره القدوري في شرحه قوله
ولا ضابط فيه اي في كسر العظم قوله
فيفضي الثاني الى الهلاك اي اراد بالثاني القصاص
في الجائفة قوله قال واذا كان يد المقطوع
صحيحة ويد القاطع شلا او ناقصة الاصابع
فالمقطوع بالخيار ان شا قطع اليد المعيبة
ولا شي له غيرها وان شا اخذ الارش كاملا
اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ
ابو الحسن الكرخي في مختصره وان كان العيب
في جارحة الجاني والمجني عليه صحيح الجارحة
فالمجني عليه بالخيار ان شا اقتص وان
شا

ارش
وان شا اخذ جارحته فان ذهبت الجارحة المعيبة قبل ان
يختار المجني عليه اخذها فقطعها قاطع بطل حق المجني عليه
الاول الى هنا لفظ الكرخي رح وذلك لان حقه ثبت في عضو سليم
مثل عضوه فاذا لم يقدر الا على استيفا المعيب مما يكن التلف
على بدل ماله مثل والقطع عن ايدي الناس فلم يبق منه الا ما
هو ناقص الصفة والمتلف فصاحب الحق ره
بالخيار ان شا اخذ الموجود وان شا اخذ
العدل الى القيمة لانه لم يقدر على استيفا حقه
بكماله فكذلك هذا ثم اذا اختار المقطوع قطع
اليد الناقصة فلا ارش له عندنا وقال
القدوري في شرحه وقال الشافعي ره
يقطعها ويأخذ الارش لنا ان الحق ثبت في مثل
كامل فاذا استوفى ناقص الصفة لم يكن له ان
يطالب بالنقصان كالمتلف مما له مثل ولانه ره
وضع السكين في الموضع الذي وضعها فيه
القاطع الا ان الحق معيبة فصار رضيها بالنقصان
كعيبها بالشلل والكسر هذا اذا امكن التلف مكيلا او موزونا مثل
بعضه انه يستوفي في الموجود وقيمة الباقي لان حق المستحق متعلق

بالمتلف وبكل جزء منه وفي مسئلتنا حق المقطوع في قطع الزند دون الاصابع الا ترى انه لو قال
انا اقطع الاصابع وابرى من الكف لم يكن له ذلك فدل على ان الاصابع ليست بنفس حقه وانما هي صفة
فيه فهي كالموجودة في المكيل والصحة في العضو فاما اذا ذهبت الكف بحق المجني قبل اختيار المجني
عليه احدهما فالكلام فيه على وجهين فان قطعت يده بحق عليه مثل ان يقتص منها او تقطع في سرقة فعليه
ارش اليد المقطوعة وان تلفت يده عليه بغير حق عليه سقط حق صاحب القصاص مثل ان يقطعها
رجل ظلما او تتلف بافة من السماء وقال الشافعي يجب الارش في الوجهين لنا ان حق صاحب القصاص
تعلق باليد وتعين فيها بدلالة انه ليس له العدول الى الارش مع القدرة فاذا هلك
ما تعلق حقه به سقط حقه كالعبد الجاني اذا قتل او مات فاما اذا قطعت يده في قصاص
فقد قضى بها حقا عليه ومن قضى حقا عليه بما تعلق به حق غيره كان ضامنا وكذلك الامام
لما قضى عليه بالقطع في السرقة فحكمه يتضمن نقل حق صاحب القصاص الى الارش الا ترى
ان الامام لا يحكم باستيفاء حق الناس وانما استوفيت بحق عليه وكانها استوفيت بالقصاص
فان ثبت هذا قلنا اذا كانت يد القاطع معيبة فتلفت قبل ان يختار المقطوع المال فحقه كان
متعلقا بعينها وانما ثبت له حق العدول باختياره لاجل العيب فاذا لم يختر حتى تلفت فقد
هلك ما تعلق حقه به فصارت كالصحيحة اذا تلفت ولا يقال انه كان مخيرا بين امرين فاذا
فات احدهما تعين الاخر لان حقه لم يثبت الا في اليد وكان له ان يعدل عن هذا الحق الى
بدله فاذا تلف لم يثبت له المطالبة بالبدل عنه مع تلفه كذا في شرح مختصر الكرخي قوله قال ومن
شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج
فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص بمقدار شجته يبتدي من اي الجانبين شاء وان شاء اخذ
الارش اي قال القدوري في مختصره قال الكرخي في مختصره واذا شج الرجل شجة موضحة
فاخذت ما بين قرني الشاج وهي لا تاخذ ما بين قرني الشاج فان المشجوج بالخيار فان شاء
اقتص فيبدا من اي الجانبين شاء حتى يبلغ مقدارها في طولها الى حيث تبلغ ثم يكف وان
شاء اخذ الارش وان كانت الشجة بين قرني المشجوج وهي تاخذ ما بين قرني الشاج
وتفضل فان المشجوج ايضا فان شاء اخذ الارش وان شاء اقتصصت له ما بين قرني
الشاج لا ازيد على ذلك شيا واذا كانت الشجة في طول راس المشجوج وهي تاخذ من جبهته
الى قفاه ولا تبلغ الى قفا الشاج فهو بالخيار ان شاء اقتصصت له بمقدار طولها الى حيث تبلغ وان شاء
اخذ الارش الى هنا لفظ الكرخي قال القدوري في شرحه وحكى الطحاوي عن علي بن العباس

الرازي وهو علي الرازي الكبير انه قال في هذه المسايل اذا كانت الشجة لا تستغرق ما بين قرني
الشاج لكبر راسه وقد استغرقت ما بين قرني المشجوج لصغر راسه اقتصصت له ما بين قرنيه
وان زاد على طول الشجة وجه قول اصحابنا ان الشجة ثبت حكمها للشين الذي يلحق بها ومعلوم ان الشين
يزيد بزيادة طولها وباستيفائها ما بين القرنين فاذا كان المشجوج صغير الراس فاخذت الشجة
ما بين قرنيه لم يجز ان يستوفي ما بين قرني الشاج وهو اكبر من ذلك لان طول الشجة فيه زيادة
شين فلم يكن بد من اثبات القصاص بقدرها ان يبدي من اي الجانبين شا للثبوت حقه منها
وله ان ينتقل الى الارش لان هذه الشجة لا تلحق بالشاج من الشين ما يلحق بالمشجوج لانها
تبقى قطعة من جبهته فصارت كالعيب في محل القصاص فان شا استوفاه بعينه وان شا
انتقل الى الارش واما اذا كان ما بين قرني الشاج اكثر مما بين قرني المشجوج فلا يمكن
ان يستوفي ما بين قرنيه وزيادة لان في ذلك زيادة شين فكان المشجوج بالخيار ان شا
اقتصر على ما بين القرنين وان شا انتقل الى الارش وجه ما قال الرازي انه يستوفي من العضو
وان كان احدهما اكبر من الاخر كاليد الكبيرة بالصغيرة قال القدوري وهذا ليس بصحيح لان
المقصود باليد المنفعة وقد يكون منفعة اليد الصغيرة اكثر من منفعة الكبيرة والمقصود
بالشجاج الشين ولزيادة الشجة تاثير في زيادة الشين قوله ما بين قرنيه وقرنا الراس
جانباه قوله وفي عكسه اي فيما اذا كان راس المشجوج اكبر من راس الشاج قوله للتعدي
الى غير حقه لانه يكون الشين في الثانية ازيد من الاولى لان المعنى لا يختلف اي المعنى الموجب
للتخيير بين ارش الموضحة وبين الاقتصاص بالشجة لا يختلف قوله ولا قصاص في اللسان
ولا في الذكر اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه الا ان يقطع الحشفة يعني يجب القصاص
في قطع الحشفة بهذا الذي ذكره القدوري رواية الاصل وقال بشر عن ابي يوسف لا قصاص
في بعض اللسان حتى يقطع كله كذا ذكره الكرخي في مختصره وجه ما في الاصل ان القصاص في اللسان
يختلف باختلاف المدلا ترى انه يجمع وينبسط فلا يمكن استيفا المماثلة فيه فسقط القصاص
وقد قالوا جميعا لو قطع بعض اللسان لا يقتص منه لانه ليس هناك مفصل يوقع فيه القصاص
ولا يعلم المماثلة ولابي يوسف انه اذا قطع الحشفة فهنا كحد يوقع فيه القصاص فتتبع المماثلة
واذا قطع بعضها او بعض الذكر فليس هناك حد يوقع منه القصاص فصار كقطع بعض اللسان
فاما اذا قطع الذكر من اصله يجب القصاص لانه اذا استوفي بالقطع امكنت المماثلة وكذلك في

الشفوية ان استقصاها بالقطع ففيها القصاص وان قطع بعضها فلا قصاص لانه اذا
استوفاها امكنت المماثلة وان قطع بعضها فليس هناك حد القطع كذا ذكر القدوري في شرحه
وقال في شرح الطحاوي روي عن ابي حنيفة انه قال اذا قطع شفة رجل السفلى او العليا
وكان يستطاع ان يقتص منه فعليه القصاص **فصل واذا اصطلح القاتل** لما كان
يقع الصلح والعفو بعد وجود الجناية سائغة ذكر الفصل المشتمل عليهما بعد مسائل الجناية **قوله**
واذا اصطلح القاتل واولياء المقتول على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان او كثيرا هذا
لفظ القدوري في مختصره وذلك لقوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها فمن عفا واصلح فاجره
على الله ولقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسان ولما روي
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من قتل قتيلا فاهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان احبوا
اخذوا الدية والمراد منه اخذ الدية برضا القاتل لان موجب العمد القصاص عينا لقوله تعالى
كتب عليكم القصاص خلافا للشافعي وقد مر ذكره في اول كتاب الجنايات وانما جاز الصلح
على مال قليلا كان او كثيرا لانه اسقاط حق على مال والحقوق التي يجوز اسقاطها بعوض
لا يتقدر العوض فيها اصله الرد بالعيب اذا اسقط على مال ثم ينبغي لك ان تعلم ان الصلح على مال
يجوز على اكثر من قدر الدية في القصاص في النفس وفيما دونها وهو حال في مال الجاني ولا
يكون ذلك على العاقلة اما الصلح على اكثر من قدر الدية في القتل الخطا لا يجوز اذا كان الصلح على
جنس ما افترضت فيه الدية واذا كان الصلح على خلاف الجنس يجوز وان زاد على قدر الدية نص
عليه الكرخي في كتاب الصلح وقد مر بيانه في كتاب الصلح **قوله** لان الاية على ما قيل نزلت في الصلح
يعني ان الاية نزلت على قول ابن عباس والحسن البصري والضحاك ومجاهد في الصلح اي فمن اعطي
على سهولة وارفق به ولي القتيل فقال خذ ما اتاك عفوا اي سهلا وقوله من اخيه شيء اي من جهة
اخيه المقتول وقوله شيء اي شيء من المال بطريق الصلح ونكره لانه مجهول القدر فانه يتقدر بما
تراضيا عليه وقوله تعالى فاتباع بمعروف اي فله اتباع اي فلولي القتيل اتباع المصالح بمعروف
اي مطالبة ببدل الصلح على مجاملة وحسن معاملة وقوله تعالى واداء اليه باحسان اي على المصالح
اداء الى ولي القتيل باحسان في الاداء وقال الجماعة وهو مروي عن عمر وابن عمر وابن مسعود الاية نزلت
في عفو بعض الاولياء ويدل عليه قوله شيء فانه يراد به البعض وتقديره فمن عفي عنه وهو القاتل
من اخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بان كان للقتيل اولياء فعفى بعضهم فقد صار

نصيب الباقين مالا وهو الدية على قدر حصصهم من الميراث وقوله تعالى فاتباع بمعروف
اي فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف اي بقدر حقوقهم من غير زيادة وقوله
واداء اليه باحسان اي وليؤد القاتل الى غير العافي حقه وافيا غير ناقص كذا في التيسير وصحح الامام
ابو منصور الماتريدي التاويل الاول وقد مر ذلك **قوله** لانه ما وجب بالعقد وتذكير الضمير
الراجع الى الدية على تاويل المال والاضافة الثالثة اي الدية في قتل الخطا ليست بواجبة بالعقد
العاصي على القتل بل وجبت بالقتل ابتداء فوجبت مؤجلة الى ثلاث سنين **قوله** قال وان كان
القاتل حرا وعبدا فامر الحر ومولى العبد رجلا بان يصالح عن دمهما على الف ففعل فالالف
على الحر ومولى العبد نصفان اي قال في الجامع الصغير وذلك لان الصلح وقع عن القصاص والحر
والعبد مستويان في وجوب القصاص عليهما فيستويان في بدل القصاص فيجب على كل واحد
من مولى العبد والحر نصف الالف وهو ضمانه ولان عقد الصلح اضيف اليهما جميعا فلم يكن
احدهما اولى بوجوب الضمان من الاخر فوجب ان يكون بينهما نصفان **قوله** واذا عفا احد
الشركاء من الدم او صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين من القصاص وكان لهم
نصيبهم من الدية وهذا لفظ القدوري في مختصره والاصل في ذلك ان القصاص يستحقه من
يستحق ماله على فرائض الله تعالى الذكور والاناث في ذلك سواء والزوج والزوجة في ذلك سواء
نص عليه الكرخي في مختصره وكذا الدية موروثة بينهم وذلك لان القصاص اخذ بدل النفس
فيقسم بين الورثة كالدية والدليل على ان الدية بين الورثة انها مال الميت يقضى منها ديونه وينفذ
منها وصاياه كسائر امواله ثم اذا ثبت القصاص لجميع الورثة ثبت لكل واحد منهم ان
يعفو من نصيبه او يصالح منه ويسقط بذلك القصاص وكان على القاتل حق من لم يعف من
الدية وليس للعافي من الدية شيء وذلك لما روي ان دما بين شريكين عفى عنه احدهما
فاستشار عمر رضي الله عنه ابن مسعود فقال اني ارى هذا قد احياه فلا يملك الا حقه
ان يميت ما احياه هذا فحمل عمر على قوله وذلك كان بحضرة الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع
ولان الحق المشترك يملك كل واحد من الشريكين اسقاط حقه عن نصيبه منه كما يملك لو انفرد
في اصله الديون فاذا اسقط نصيب العافي من القصاص بقي نصيب الاخر ولكن لا يمكن
استيفاؤه لان القصاص لا يتجزى استيفاء ودم العمد اذا تعذر استيفاؤه انقلب مالا
كمن قطع يد امرى نصف الساعد ويكون ذلك في مال القاتل لانه لم يجب بنفس القتل وانما وجب

بسبب حادث بعده كما وجب بالصلح ولا شيء للعافي منه لانه اسقط حقه من الاصل فلم يثبت في البدل
وهذا بخلاف ما اذا قتل رجلين ولكل واحد منهما ولي فعفى احد الوليين حيث لا يسقط القصاص لان الواجب
ثمة قصاصان لافتراق القتل والمقتول وهنا الواجب قصاص واحد لاتحاد القتل والمقتول
فافترقا وهذا الذي ذكرناه من سقوط القصاص بعفو احد شريكي الدم مذهبنا وقال مالك
للآخرين ان يقتله كذا ذكره شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي لان حق القتل ثابت
لكل واحد منهما على الكمال ولهذا لو عفا لم يضمن شيئا والحجة عليه قضية عمر وقد ذكر محمد في كتاب
الآثار عن ابي حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقال في شرح الكافي
ايضا القصاص والدية يصير ميراثا لكل الورثة عندنا بالسبب والنسب جميعا وقال الشافعي
وهو قول ابن ابي ليلى يورث بالنسب ولا يورث بالسبب وهو الزوجية حتى لا يرث الزوج من قصاص
امرأته لو قتلت وكذا من ديتها وكذا الزوجة من قصاص زوجها ولا من ديته لان القصاص
والدية للورثة بالموت وعند الموت ينقطع الزوجية بخلاف القرابة ولنا
ما روى عن ضحاك بن سفيان الكلابي انه قال ورد علينا كتاب رسول الله
صلى الله عليه وسلم ان ورث امرأة اشيم الضبابي من دية زوجها والحديث
مشهور مذكور في الموطأ وغيره وقال القدوري في شرحه وعن علي انه
قال الدية يقسم على فرائض الميراث ولانها حق للميت كسائر امواله وقال
القدوري في شرحه قال اصحابنا في دم عمد بين شريكين عفا احدهما فللآخر
نصف الدية في مال القاتل في ثلاث سنين وقال زفر في سنتين لان ما
انعجز من الدية فتقسط في السنين الثلث كما لو تحمل العاقلة وجه
قول زفر ان نصف الدية لم يلزم من اجزاء دية واجبة وانما هو جملة الواجب
فصار كما يجب من نصف الدية بقطع اليد خطأ قوله انقلب حق الباقين الى
القاتل اي امتنع القصاص عن حق الباقين لانه حق يثبت للشركاء على وجه لا يتجزى لان
القتل الواحد بقتل واحد لا يستحق على القاتل الا قصاص واحد وقد سقط
بعضه فسقط كله لانه لا يتجزى باستيفائه من ضرورة سقوط بعضه سقوط
كله اشيم الضبابي هو بكسر الضاد المعجمة والضباب بطن من العرب ذكره ابن دريد
في جمهرة اللغة واشيم من جملة الصحابة وكان قتله خطأ كذا ذكر في الاكمال في معرفة

الصحابة

الصحابة وذكر ابن شاهين ضحاك بن سفيان بن عوف بن كعب بن ابي بكر الكلابي
من جملة الصحابة وقال قال ابن سعد كان الضحاك بن سفيان الكلابي
ينزل نجدا والضرية وكان والي النبي صلى الله عليه وسلم من اسلم هناك من قومه وقال
هشام بن محمد بن السائب الكلبي في كتاب جمهرة النسب والضحاك بن سفيان
ابن عوف بن كعب وفد على النبي صلى الله عليه وسلم وصحبه وشهد معه فتح مكة وجعله
النبي صلى الله عليه وسلم على الالف الذين انوه من بني سليم قوله من عقل
زوجها اي من دية زوجها قوله قال واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم
اي قال القدوري في مختصره وقول الشافعي كذلك ايضا قال في وجيزه هم يقتل الجماعة
بالواحد وهذا الذي ذكره القدوري استحسان والقياس ان لا يقتل الجماعة بالواحد
لان القصاص ينبئ عن المساواة ولا مساواة بين الواحد والجماعة وجه الاستحسان
ما روى محمد بن الحسن في موطاه عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن
المسيب ان عمر بن الخطاب قتل نفرا خمسة او سبعة برجل قتلوه قتل غيلة
وقال لو تمالا عليه اهل صنعاء لقتلتهم به قال محمد وبهذا ناخذ ان قتل سبعة
او اكثر من ذلك رجلا عمدا قتل غيلة او غير غيلة ضربوه باسيافهم حتى قتلوه
قتلوا به كلهم وهو قول ابي حنيفة والعامة من فقهائنا الى هنا لفظ محمد في موطا
ولان القتل بغير حق لا يكون في العادة الا بالتغالب والاجتماع لان الواحد
يقاوم الواحد غالبا فلو لم يجب القصاص على الجماعة بقتل الواحد ادى الى فتح سد باب
القصاص وفيه ابطال الحكمة الموضوعة في القصاص وهي احياء النفوس قوله غيلة
اصلها المغاولة وهي مثل الدلو قوم قتلوا رجلا اي تغالبوا وصنعا قطلبه اليمين
قوله واذا قتل واحد جماعة فحضر اولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير
ذلك وان حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين وهذا لفظ القدوري في مختصره
قال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف قال علماؤنا رضي الله عنهم الواحد يقتل
بالجماعة قصاصا على سبيل الاكتفاء وقال الشافعي لا يقتل اكتفاء بل انه ان قتلهم
على التعاقب يقتل بالاول اكتفاء ويجب ديات الباقين وان قتلهم على المقارنة له فيه
قولان في قول يقتل بالواحد غير عين ويجب ديات الباقين مشتركة بينهم وفي قول

يقرع فيقتل لمن خرجت قرعته ويجب الديات للباقين إلى هنا لفظ الطريقة
وجه قوله أن اليد الواحدة لا تقطع بالأيدي اكتفاء لعدم المماثلة فكذلك لا يقتل
النفس الواحدة بالأنفس اكتفاء لعدم المماثلة وكان القياس أن لا يقتل الجماعة
بالواحد أيضا إلا أنهم قتلوا به الشرع بالإجماع فترك القياس والإجماع من الصحابة
فيما نحن فيه فعمل بالقياس ولنا أن كل واحد من أولياء المقتولين تماثل للقاتل
فصار كما يحصل التماثل في قتل الواحد بالجماعة فقطع القصاص أصله الفصل
الأول وهو أنه يقتل الجماعة بالواحد ثمة اتفاقا فلو لم يكن التماثل لم يقتلوا به لأن
الفعل المؤثر في إزهاق روح القاتل هو الجرح الصالح للإزهاق وجد من كل
واحد منهم أعني من أولياء المقتول لكن وهذا الحاصل وهو إزهاق الروح لا يقبل
الوصف بالتجزي فيضاف إلى كل واحد منهم كملا لأنها لا يتجزى إذا أضيف إليهم فكملا
ولأن القصاص شرع بالكتاب والسنة مع وجود المنافي للقصاص لأن الآدمي بنيان
الرب فلا يجوز تخريبه وإنما شرع لتحقيق معنى الإحياء ومعنى الإحياء يحصل في قتل
الواحد بالجماعة فيكتفى به بيانه فيما قالوا في قوله تعالى ولكم في القصاص حياة
وهو أن القصاص فيه الحياة لتصور الحياة وتكرار هو حياة بطريق الاعتبار في شرعه
واستيفائه أما الحياة في شرعه فهو أن من قصد قتل غيره فإذا الفكر في نفسه
أنه متى قتله قتل به انزجر عن قتله فيكون ذلك حياة لهما وأما الحياة في استيفائه
فهو أن القاتل عمدا يصير حربا لأولياء القتيل لخوفه على نفسه منهم فالظاهر أنه
يقصد قتلهم ويستعين على ذلك بأمثاله ممن استعانه ليزيل الخوف عن نفسه فإذا
استوفى الولي القصاص منه عمدا اندفع شره عنه وعن عشيرته فيكون حياة لهم
من هذا الوجه لأن إحياء الحي في دفع سبب الهلاك عنه قال الله تعالى ومن أحياها فكأنما
أحيا الناس جميعا قوله وإن اجتمعوا ولم يعرف الأول لم يعرف المقتول الأول فقوله
الفصل الأول أراد به أن يقتل الجماعة بالواحد فإن قلت ثم الجواب عن اليد الواحدة
لا تقطع بالأيدي اكتفاء بل تقطع بالواحدة منهما ويتنقل حق الباقين إلى المال قلت
الطرف متبعض يسلك بها مسلك الأموال فإذا اجتمعوا على استيفائها صار
كل واحد منهم مستوفيا للجزء حصته ويتنقل في الباقي إلى المال كما لو أتلف عليهم

عشرة

عشرة أقفزة لو حدا وأقفزا واحدا فإنهم يقتسمونه ويتنقلون في الباقي إلى المال لأنه
متبعض والقصاص ليس بمتبعض فيثبت لكل واحد منهم كملا فظهر الفرق بين قطع
اليد وحز الرقبة قوله قال ومن وجب عليه القصاص إذا مات سقط القصاص أي
قال القدوري في مختصره وعند الشافعي تجب الدية في ماله لأن موجب العمد عنده
القصاص أو الدية فلما فات أحدهما تعين الآخر وهذا مردود بقوله تعالى كتب عليكم
القصاص وقد مر بيانه في أول كتاب الجنايات ثم لما كان موجب العمد هو القصاص عينا
عندنا يسقط القصاص بموت القاتل لفوات المحل لما لحق الجاني إذا مات ولأن
الضمان إنما يجب بهلاك ما هو مضمون على الإنسان كما في الغصب ونفس الإنسان
ليست بمضمونة على نفسه فلا يلزمه بهلاكها ضمان فإن قيل يسقط القصاص بغير
رضا الولي فوجب أن يأخذ المال أصله إذا عفا أحد الوليين قيل هناك سلمت النفس
للقاتل فجاز أن يلزمه الضمان عوضها وهنا لم تسلم له فلم يجز أن يلزمه عوض قوله
قال وإذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية
أي قال القدوري في مختصره قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره وإذا جنى رجلان
على رجل جناية فيما دون النفس مما يجب على الواحد فيها القصاص لو كان انفرد بها
فلا قصاص عليهما قطعا يده أو رجله أو قلعا سنه أو ما كان من الجوارح التي
يجب على الواحد فيها القصاص فلا قصاص عليهما وعليهما الأرش نصفان وكذلك ما زاد
على ذلك من العدد فهو بمنزلة هذا لا قصاص عليهم وعليهم الأرش على عددهم بالسوية
هنا لفظ الكرخي رح وعند الشافعي يقطع الأيدي باليد الواحدة كما تقتل الأنفس
بالنفس الواحدة قال صاحب الهداية والمعترض إذا أخذ سكينا وأمراه على يده
حتى انقطعت يعني أن موضع عرض الخلاف بيننا وبين الشافعي فيما إذا أخذا سكينا
ووضعاها على المفصل من جانب واحد وأمراه عليه حتى انقطعت اليد أما إذا وضع
أحدهما السكين من جانب من المفصل والآخر من جانب آخر وأمر كل واحد سكينه حتى
التقيا وانقطعت اليد لا قصاص عليه أيضا وجه قول عمر رضي الله عنه في شاهدي
السرقة حين رجعا وجاءا بآخر وقالا أوهمنا إنما السارق هذا فقال لا أصدقكما
على هذا وأغرمكما دية الأول ولو علمت أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما وجه الاستدلال

انه معتبر بقطع الايدي بيد واحدة ولان الطرف تابع للنفس من كل وجه فياخذ حكمها في ايجاب
القصاص على الانفس بالنفس الواحدة فيقتضي ايجاب القصاص على الايدي باليد الواحدة ومن
طريق جريان القصاص على الانفس ان يجعل كل واحد منهم منفردا بالقتل زجرا للقاتل سدا لباب
العدوان فيجعل كل واحد من القاطعين منفردا ايضا للزجر سدا لباب العدوان فيجب
القصاص عليهم ولنا ان القطع الحاصل من الجماعة تستدعي التجزي لان كل واحد منهم حصل
منه بعض القطع لم يجز اضافة القطع الى كل واحد منهم كملا فلم يجز قطع الايدي باليد الواحدة
لعدم المماثلة بخلاف قتل الانفس بالنفس الواحدة لان قتل النفس يضاف الى كل واحد منهم
كملا لان ازهاق لا يتجزى وما لا يتجزى اذا اضيف الى الجماعة يضاف الى كل واحد منهم
كملا فجعل كل واحد منهم قاتلا على الكمال فحصل المماثلة بين الانفس والنفس الواحدة
والاعتداء مقيد بالمماثلة قال الله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وقال تعالى من
عمل سيئة فلا يجزى الا مثلها وقطع اليد متجزئ فلا يحصل المماثلة بين الايدي واليد الواحدة
لان لليد نصفا وربعا وثمنا ونحو ذلك او نقول التفاوت من حيث الوصف يمنع من جريان
القصاص حتى لا تقطع الصحيحة بالشلاء فكذا التفاوت من حيث العدد بل اولى لانه فوق التفاوت
وصفا لان التفاوت هنا من حيث الذات وهذا لان التساوي شرط جريان القصاص
بالنصوص وكان القياس في النفوس كذلك الا انه سقط اعتبار التفاوت فيه بحديث عمر
او بالاجماع والاجماع الوارد ثمة لا يجعل واردا في الاطراف لان القتل بوصف الاجتماع غالب
فمس الحاجة الى اسقاط اعتبار التفاوت لكيلا يؤدي الى فتح باب العدوان والقطع بوصف
الاجتماع لو كان القاطع واحدا بان يجتمعا على سكين واحد في مفصل واحد نادر جدا فلا يلحق
النادر بالغالب فلا يجب القصاص على الايدي باليد الواحدة والجواب عن حديث عمر فنقول
انه محمول على السياسة ولا كلام لنا فيه وقوله الطرف تابع للنفس فنقول لا نسلم انه تابع
في حق القصاص مطلقا قال وعليهما نصف الدية اي قال القدوري في مختصره يجب على الرجلين
القاطعين نصف دية اليد الواحدة وذلك لان القصاص لم يمكن ايجابه عليهما لعدم المماثلة
موجب الكمال لكن وجب في مالهما لانه عمد وكذلك الحكم في سائر الاطراف كالعينين والسن
والرجل ونحوهما فاخذ حكم الاعضاء بالقياس وفي النفس بالاثر قوله وان قطع واحد
يميني رجلين فحضرا فلهما ان يقطعا يده وياخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين

سوا

سوا قطعهما معا او على التعاقب هذا لفظ القدوري في مختصره وقال في شرح الكافي للحاكم
الشهيد وقال الشافعي ان قطع اليمينين على التعاقب يقتص للاول ويغرم الدية
للاخر وان قطعهما معا فالقاضي يقرع بينهما ايهما خرجت قرعته يقتص له والدية
للاخر وجه قوله ان الطرف في حق ملك القصاص صار مملوكا للاول منهما لانه ملك
مطلق ولهذا يورث فقد وجد القطع الثاني والطرف مستحق للاول فلا يمكن
ايجاب القصاص للثاني كالرهن بعد الرهن فان المرتهن الثاني لا يستحقه وعند
تعذر ايجاب القصاص يصار الى الدية واذا وجد القطعان معا فايجاب القصاص
لكل واحد منهما غير ممكن لان المحل يضيق عن القصاصين وليس احدهما باولى
من الاخر في تعيين القصاص له والدية للاخر فللقاضي ان يقرع بينهما تطييبا
لقلبهما لان له هذه الولاية بدون القرعة اذ ليس فيه ابطال حق احدهما ولكن لو
فعل ذلك بدون القرعة ينسب الى التهمة فلذلك يقرع بينهما احترازا عن تهمة الميل
ولنا ان حق كل واحد من اللذين قطعت يميناهما استوى في علة الاستحقاق كالاخر
وهي قطع محترم فيستويان في الحكم وهو القصاص لان الاستواء في العلة يوجب
الاستواء في الحكم كالشفيعين فلا يقدم احدهما على الاخر كالشفيعين وهذا
لان ثبوت حق القطع للاول لا ينفي ثبوت حق الثاني لانه وجد سبب الوجوب والمحل
قابل له لان الحق للاول ثبت في المحل لا حق في يد القاطع في اطلاق فعل القصاص
لا غير ولهذا لو بادر الاخر فقطع يده كان مستوفيا لحقه ولو كان ثبوت الحق للاول
نافيا ثبوته للثاني لم يكن مستوفيا حقه فعرفنا ان يحتاج الى اظهار الحق في المحل
فيما يرجع الى الاستيفاء لا غير فقبل استيفاء الاول لعن المحل فارغا لا يبقى حق الثاني
فلما كانت العلة في حقهما سواء كان العدل والانصاف ان يجعل القصاص بينهما
والدية بينهما وهذا بخلاف الرهن فان حق المرتهن الاول لما تقرر في المحل منع ذلك
تعلق حق المرتهن الثاني به وكذا امتنع تعلق حق الغريم به وصار هذا نظير
عبد قطع يدي يميني رجلين على التعاقب حيث يكون رقبته مستحقة لهما
جميعا ولا يكون الاول اولى بها ثم انما قيد بقطع اليمينين لانه اذا قطع يمين
رجل ويسار اخر يقطع يداه لهما جميعا وكذلك لو قطعهما من رجل واحد لعدم

النقصان لوجود المماثلة وأراد بقوله لهما أن يأخذا منه نصف الدية دية يد واحدة
بينهما نصفين ويصرح الكرخي في مختصره قوله والقصاص لا يملك الفعل لكونه منع
المنافي وذلك لأن من عليه القصاص حر والحرية تنافي وقوع الملك على الحر ولأن فيه
اتلاف النفس وهو محرم في الأصل ولأن الآدمي بنيان الله تعالى فلا يجوز تخريبه إلا
أنه يجوز القصاص ضرورة استيفاء حق من يجب له القصاص فإذا ثبت ضرورة لم يظهر
إلا في حق استيفاء حق من له القصاص لأن الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة
قوله وإن حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية وهذا لفظ
القدوري في مختصره أي حضر أحد الاثنين وهو ذو اليد الواحدة قال الكرخي في
مختصره كان أحدهما حاضرا والآخر غائب فله أن يقتص ولا ينتظر الغائب ويكون للآخر دية
يده وذلك لأن حق كل واحد منهما ثابت في جميع اليد وإنما سقط حقه عن بعضها بالمزاحمة
فإذا غاب الآخر فلا مزاحم للحاضر فلا يجوز أن يسقط حقه من القصاص بحق الغائب
ويجوز أن يحضر فيطالب ويجوز أن يبرئ وعلى هذا قالوا في الشفيعين إذا حضر أحدهما
قضي له بالجميع لأنه لا مزاحم له في الحال فلا يجوز أن يسقط حقه عن بعض الشفعة
بحق الغائب ويجوز أن يحضر فيطالب ويجوز أن يحضر فلا يطالب ويكون للآخر
الغائب دية يده لأن القاطع قد قضى بها حقا للأول فلم يجز أن يسقط حق الثاني وهو
فانتقل إلى العوض قال في شرح الكافي ولو عفا أحدهما عنه قبل القصاص أو
اقتص منه للثاني وكذلك ذكر الكرخي أيضا وذلك لأن حق كل واحد منهما ثابت
في جميع اليد وإنما انتقص بالمزاحمة فإذا زالت بالعفو بقي حق الآخر بحاله كالغريمين
والشفيعين قوله قال وإذا أقر العبد بقتل العمد لزمه القود وهذا قال
القدوري في مختصره وعند زفر لا يصح إقراره كما لا يصح إقراره بقتل الخطأ لأن
إقراره يتعلق به إتلاف ما للمولى فصار كما إذا أقر بدين ولنا أن إقراره بالمال
وبما يوجب المال من الجناية الخطأ إنما لا يصح لكونه متهما في ذلك لأنه يتضمن
الإتلاف في حق المولى بخلاف الإقرار بالحد والقصاص فإنه صحيح لأنه غير متهم فيه
لأنه إقرار بالعقوبة على نفسه وعينه ضرر على نفسه فلا يتهم وتلف حق المولى
يحصل ضمنا فلا يعتبر ولأنه مبقى على أصل الحرية في حق الدم لأن المولى لا يملك

الاتلاف

اتلاف ذلك وقول زفر ينتقض بما إذا ارتد العبد لأنه يقتل ويصح وجود المعنى الذي
ذكره قوله ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه إلى آخر فماتا فعليه القصاص
للأول والدية للثاني على عاقلته وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لأن الأول
قصد بالرمي بما تعمده فيجب القصاص كما لو لم ينفذ الرمي إلى غيره وأما الثاني فلأنه
لم يقصد بالرمي حيث قصد الرامي غيره ولكنه أصابه بالنفاذ من الأول فصار قتل
خطأ وهو أحد نوعي الخطأ وهو خطأ في القصد فصار كما إذا قصد صيدا فأصاب آدميا
فوجب الدية على عاقلته فصل لما ذكر حكم الفعل الواحد ذكر في هذا الفصل حكم الفعلين
لأن الاثنين بعد الواحد قوله قال ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل
أن تبرأ يده إلى آخره أي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن أبي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يقطع يد الرجل عمدا ثم يقتله خطأ قبل أن يبرأ
اليد أو يقطع يده خطأ ثم يقتله عمدا قبل أن يبرأ قال لا يؤخذ بالأمرين جميعا اليد
والنفس إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع
الصغير هذه المسألة وما يشبهها كلها على أربعة أوجه إما أن يقطع يده عمدا ثم يقتله
عمدا أو يقطع يده خطأ ثم يقتله خطأ أو يقطع يده عمدا ثم يقتله خطأ أو يقطع يده
خطأ ثم يقتله عمدا ثم كل وجه على وجهين إما أن يبرأ فيما بين ذلك أو لا يبرأ فيما
في الحاصل ثماني مسائل والحاصل هنا أن الجمع بين الجراحات واجب ما أمكن لأن
الأصل في القتل بآلات متعددة أن يجعل الآخر منهما للأول لأن القتل غالبا لا يحصل
بضربة واحدة بل بضربات متعاقبة فيجعل الثاني منهما للأول ويجعل الكل قتلا واحدا
إلا أن لا يمكن الجمع باختلاف حكم الفعلين كما إذا كان القطع خطأ والقتل عمدا أو على العكس
وهو المراد بقوله في المتن في الأوليين أي في الفصلين الأوليين أو لا يمكن الجمع لتخلل
البرء لأن بتخلل البرء ينتهي الفعل الأول لانتهاء أثره فلا يمكن جعل الثاني منهما للأول
أما عند عدم تخلل البرء وعند اتحاد حكمهما فيمكن جعل الثاني منهما للأول لبقاء
الأول ببقاء أثره ووجد تماثل الفعلين وقال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي
في شرح الكافي وهذا على وجوه أربعة إما أن يكون كل واحد منهما عمدا أو خطأ أو
القطع عمدا والقتل خطأ أو القطع خطأ والقتل عمدا وذلك كله قبل البرء أو بعد

البرء وفي الوجوه كلها بعد البرء لا يجمع بين الموجبين بالاجماع لان الفعل الاول قد انتهى
فيكون القتل بعده فعلا ابتداء فلا بد من اعتبار كل واحد منهما على حدة لو كانا عمدين
له ان يقطع يده ثم يقتله ولو كانا خطأين تجب دية الطرف ودية النفس جميعا ولو كان
احدهما خطأ والآخر عمدا اقتص فيما هو عمد واخذ الدية فيما هو خطأ وان كان لم
يتخلل بينهما برء فان كانا خطأ يكتفى بدية واحدة بالاجماع لانه ما فوت الا نفسا واحدة
فلا يجب به الا دية واحدة وان كان احدهما خطأ والآخر عمدا اقتص فيما هو عمد
واخذ الدية فيما هو خطأ بالاجماع ولا يتداخلان لاختلافهما في الاصل لاختلافهما حكما فاما اذا كانا
عمدين اختلفوا فيه قال ابو حنيفة يخير ان شاء قطع ثم قتل وان شاء اكتفى بالقتل
وعندهما يقتله ولا يقطعه لانهما يقولان انه ما فوت بالفعلين الا النفس فحسب
كما اذا كانا خطأ فكما يجب دية واحدة بالاتفاق فكذا لا يجب هنا الا قصاص
واحد اذا كانا عمدا ولابي حنيفة انه اتى بجنايتين قطع وقتل فيجب عليه موجبهما
ولا شك انه قطع وقتل لوجود اثر القطع واثر القتل والثاني لا يعدم اثر الاول
فيجب بالفعلين عقوبتان كما كانا ولا يقال بان القطع صار قتلا باعتقاب القتل اياه
لانه انما يصير هكذا اذا كانت السراية مضافة الى القطع وليس هكذا لان القتل
قاطع للسراية كالبرء ونحن نقول انه قاطع انه لم يبق للفعل الاول صلاحية ان
يضاف الاثر في النفس اليه عند اعتراض القتل فصار هذا والبرء سواء يجب فقد بحكمه
عند البرء فكذا عند القتل ولا يلزم علينا انه يجب دية واحدة في فصل الخطأ لان الدية
يجب مقابلا للمحل والمحل من حيث انه نفس واحد فلا يجب به الا ضمان واحد اما القصاص
فانه يجب مقابلا بالفعل والفعل متعدد صورة ومعنى فتعدد جزاؤه ولئن سلمنا
ان القطع عند اعتقاب القتل اياه قتل ولكنه قتل قتله بهذا الطريق والتسوية
وحينئذ امكن في باب الاعتداء ذلك فيما قلناه وهذا كله اذا كان القاتل والقاطع
واحدا اما اذا كان القاطع والقاتل رجلين يقتل القاتل ويقطع القاطع بلا خلاف
لانه انما يدخل القطع في القتل عند اتحاد المحل لا عند اختلاف المحل قوله بجمع
بالاجماع والمراد بالجمع ان يجعل الجنايات جناية واحدة قوله بخلاف ما اذا
قطع وسرى حيث يكتفى بالقتل ولا يقطع قوله فيجتمع ضمان الكل وضمان

الجزء

٢٨١

الجزء في حالة واحدة وهي حالة تجزئ الزهوق لان دية اليد لو وجبت وجبت عند الجزء
لانه وقت استحكام اثر الفعل ولا سبيل اليه لان بالجزء يجب ضمان الكل فلو وجبت
دية اليد مع هذا لكان الوجوب في حق دية اليد مكررا وذلك غير مشروع وهو
معنى قوله ولا يجتمعان اي لا يجتمع ضمان الكل وضمان الجزء بخلاف القطع والقتل
قصاصا فانهما يجتمعان لان مبنى الحد على التغليظ والتشديد ولهذا يقتل
الجماعة بالواحد وليس كذلك الخطأ فان مبناه على التخفيف ولهذا لا تتعدد
الدية بتعدد القاتلين قوله قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين
ومات من عشرة ففيه دية واحدة اي قال في الجامع الصغير ومعنى هذا انه ضربه
في موضع تسعين وفي موضع آخر عشرة فبرأ موضع التسعين ولم يبرأ موضع العشرة
وذلك لان موضع التسعين لما برأ ولم يبق لها اثر جعلت كأنها لم توجد في حق الضمان
وان اعتبرت في حق التعزير وصار كأنه لم يضربه الا عشرة فمات منها فلا يجب الا دية
واحدة وهذا قول ابي حنيفة وهو ظاهر وكذلك الجواب في كل جراحة اندملت
ولم يبق لها اثر وعن ابي يوسف انه اوجب في مثله حكومة عدل وعن محمد انه اوجب
فيه اجرة الطبيب وثمن الادوية قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير
وهذا اذا برأ من تسعين ولم يبق لها اثر واما اذا بقي لها اثر ينبغي ان يجب عليه حكومة
عدل لانه لما برأ من ذلك صارت جنايتين مختلفتين فيجب عليه حكومة في ذلك
النقصان ثم اذا قتل بعد ذلك يجب عليه الدية قوله وان ضرب رجلا مائة سوط
وجرحته وبقي لها اثر يجب حكومة العدل وهذه مسألة الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يضرب الرجل مائة سوط فيجرحه ويبرأ منها
قال على الضارب ارش الضرب الى هنا لفظ الجامع الصغير قال الصدر وغيره الشهيد
وهذا اذا بقي اثر الضرب فان لم يبق لا يجب شيء عند ابي حنيفة كما في المسألة المتقدمة
وهذا اذا جرح ثم برأ فاما اذا لم يجرح في الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق واورد الفقيه
ابو الليث سؤالا وجوابا فقال فان قيل كيف يعرف ارش الضرب قيل ينظر انه لو كان
هذا عبدا كم ينقص من قيمته فيجب عليه من الدية ذلك المقدار قوله ومن قطع
يد رجل فعفا المقطوع يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان
عفا عن القطع وما يحدث منه او عن الجناية ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس

عن ابينا وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في رجل قطع يد رجل عمدا فقال المقطوعة يده قد عفوت عن القطع ثم مات من
القطع فان عليه الدية في ماله وان كان قال عفوت عن القطع وما يحدث منه فهذا
عفو ولا شي على القاتل وان كان قال عفوت عن الجناية فكذلك ايضا وقال ابو يوسف
ومحمد مثل ذلك الا في قوله اذا قال عفوت عن القطع فهو عفو عن النفس وكل
شي يحدث منه الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وقال فخر الاسلام في شرح الجامع
الصغير وكذلك الاختلاف في الضرب والشجة والجراحة واليد وما اشبه ذلك
وكذلك الاختلاف في الشج والنزوح وجه قولهما ان العفو عن القطع والشجة
عفو عن موجب ذلك وموجبه ذلك عند الاقتصار ضمان الطرف وعند السراية ضمان
النفس فيتناول العفو عن القطع والشجة اي الموجبين جميعا اذا عفا عن الجناية
وجه قول ابي حنيفة ان العفو عن القطع عفو عن موجبه كما قالا وموجبه ما شرع
ضمان الطرف وعند الضار السراية تبين ان موجب القطع لم يكن ذلك وانما موجبه
القتل فكان العفو عن القطع عفوا عن غير حقه فيبطل العفو لان القطع ابانة الطرف
والقتل ازهاق الروح وبينهما مغايرة لان احدهما قد يوجد ولا يوجد الاخر وكان
القياس ان يجب القصاص ذكره في الزيادات لان العفو كانه لم يوجد ولكن في الاستحسان
تجب الدية لان العفو وان صادف القطع دون القتل الا ان القطع منه صورة فتمكن
شبهة العفو فيه ولا يستوفى القصاص مع الشبهات وهذا الخلاف فيما اذا عفا عن
الجناية او عن القطع او ما يحدث منه يكون ذلك عفوا عن القتل ايضا لان اسم
الجناية يتناول القطع والقتل جميعا وقوله وما يحدث منه تصريح بالعفو عن السراية
فكان عفوا عن القتل وانما تجب الدية في ماله لانه عمد والعاقلة لا تعقل عمدا
قال الفقيه ابو الليث قالوا والقطع خطا كالعمد في الوجوه المذكورة الا ان في العمد
يعتبر العفو من جميع المال لان موجب العمد القود وذلك ليس بمال فلم يتعلق به حق
الورثة وانما يحجر من اشرف على الموت عن التصرف في جميع ماله لحق الورثة والمالية
بما لا فالصحيح والمريض والقاتل وغير القاتل فيه سوا ولهذا لو عفا الانسان الا ينبغي
ذلك من ثلث ماله وان كان خطا يعتبر من ثلث ماله لانه تبرع بالدية في مرض موته
وتبرع المريض ينفذ في الثلث ويكون هذا وصية للعاقلة قال الصدر الشهيد

وغيره

وغيره وهذا لا يشكل عند من يجعل القاتل واحدا من العاقلة اما من جعله واحدا من
جملتهم فلا تصح الوصية بقدر حصته من الدية لانها وصية للقاتل فلا تصح قالوا
والصحيح انها تصح في حق الكل والحصة للقاتل بقدر حصته لانها لو لم تقع في
الابتدا صحت في الانتها لانها لو بطلت في الابتدا كان كلها وصية للعاقلة لان
من اوصى لمن يجوز له الوصية ولمن لا يجوز له الوصية صار كلها لمن يجوز له الوصية
كمن اوصى لحي وميت كانت الوصية للحي ثم يجب للوصية ثم هنا اذا لم تصح للقاتل
تعود الى العاقلة فيسقط عن العاقلة حتى لا يبدا قصر المسافة قوله عن نوعيه
اي عن نوعي القطع وهما السارية والمقتصرة قوله في هذه الوجوه وهي اربعة العفو
عن القطع او عن الشجة والعفو عن القطع والشجة وما يحدث منه وكذلك والعفو
عن الجناية وفائدة الاتفاق يعني اتفقوا على ان العفو عن القطع والشجة وما
يحدث منه ذلك في صورة العمد عفو عن القاتل وفي صورة الخطا عفو عن الدية وكذا
العفو عن الجناية في صورة العمد يكون عفوا عن القتل وفي صورة الخطا يكون عفوا عن
الدية وخلافا الاختلاف يعني اذا عفا عن القطع او عن الشجة فحسب يكون ذلك عفوا
عن القتل ايضا في صورة العمد عندهما وعن الدية في صورة الخطا وعند ابي حنيفة يكون
ذلك عفوا عن ارش اليد وعن ارش الشجة وتجب الدية في العمد والخطا جميعا لكن
في العمد في ماله وفي الخطا على العاقلة قوله اذن يدل ذلك الطلاقه اي اعلم
من الابتدا ان وهو الاعلام اطلاقه اي اطلاق لفظ الجامع الصغير لانه لم يقيد
بالعمد والخطا في قوله ومن قطع يد رجل وهذا افتراق بما اقتضاه كلام صاحب
الهداية وذلك ممنوع عندنا لان محمدا قيده بالعمد في اصل الجامع الصغير كما
ذكرنا روايته وكذلك قيده ابو الليث وفخر الاسلام وصدر الشهيد وغيرهم في شروح
الجامع الصغير بالعمد فلا يصح حينئذ دعوى الاطلاق قوله قال واذا قطعت
المراة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية
ان كان خطا وان كان عمدا ففي مالها اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في المراة تقطع يد الرجل عمدا او خطا فيتزوجها
على اليد ثم يموت منها فان لها مهر مثلها فان كان القطع خطا فعلى عاقلتها
الدية وان كان عمدا فالدية في مالها وان تزوجها على اليد وما يحدث منها او

كان تزوجها على الجناية ثم مات منها فلو كان عمدا فلها مهر مثلها وهذا عفو عن
المرأة وليس على المرأة شيء وان كان خطأ رفع عن العاقلة مهر مثلها وكان ثلث
ما ترك وصية لهم مما بقي من الدية ويردون الفضل وقال ابو يوسف ومحمد وكذلك الوجه
الاول اذا تزوجها على اليد او على القطع ولم يذكر وما يحدث منها فهو بمنزلة هذا الى هنا
لفظ اصل الجامع الصغير واصل هذا ما مر في المسئلة المتقدمة ان العفو عن القطع
او عن الشجة او عن اليد اذا سرى الى النفس ليس بعفو عن النفس عند ابي حنيفة وعندهما
يصح ذلك عفوا عن النفس ثم ينظر ان تزوجها على القطع او على الشجة او على الضربة
او على الجراحة او على اليد فان برا من ذلك جاز النكاح وصار ارش اليد مهرا سواء كان
عمدا او خطأ لانه لا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس فلم يكن موجب القطع
الا المال فصار بمنزلة رجل تزوج على دين له عليها فيجوز النكاح على ذلك المال كذا
هنا واما اذا مات من ذلك فهو على وجهين فان كان عمدا ففي القياس يجب القصاص
ولها مهر مثلها لانه لما مات ظهر ان الواجب هو القصاص وانه لا يصلح مهرا لانه
ليس بمال وفي الاستحسان لا يجب القصاص ويجب الدية في مالها ولها عليه مهر
مثلها اما سقوط القصاص فلان العقد اورث صورة فتمكنت شبهة الصلح
ويجب الدية في مالها لانها عمد فلا تتحمله العاقلة ولانها وجبت بالصلح ولها مهر
مثلها لانه سمى ما لا يصلح مهرا لها كتسمية الخمر والخنزير فصار كانه لم يسم شيئا
ولم يرفع عنها من الدية قدر مهر مثلها ويجبر في الباقي وان تزوجها على القطع وما
يحدث منه او على الجناية والقطع عمد فمات من ذلك فلها مهر مثلها ولا شيء
عليها ولا على عاقلتها اما وجوب مهر المثل فلما قلنا انه سمى ما لا يصلح مهرا وهو
القصاص واما سقوط القصاص بغير بدل لانه لما جعله مهرا فقد رضي بسقوطه
بغير بدل وان كان القطع خطأ وهو الوجه الثاني فان تزوجها على القطع او
على الجراحة لما مات منه كان لها مهر مثلها لانه سمى القطع مهرا ولما مات ظهر انه لم
يكن للقطع موجب فصار كانه لم يسم لها شيئا ويجب الدية على عاقلته لانه كان خطأ
ويرفع عن العاقلة قدر مهر مثلها لان العاقلة يتحملون عنها ولا يتحملون لها
وما زاد ان كان يخرج من ثلث ماله فانه يرفع عن العاقلة لانه وصية لهم وهم اجانب
تنفذ وان كان لا يخرج فلهم مما زاد على مهر المثل قدر الثلث ويرفع عنهم ويردون الفضل

على

على الورثة وان تزوجها على القطع وما يحدث منه او على الجناية ثم مات منه كان لها مهر
مثلها لانه لما مات ظهر ان الواجب دية النفس والدية تصلح مهرا الا انه يعتبر المرض اذا
تزوج امرأة بما كان لها مهر مثلها وما زاد على مهر مثلها يكون وصية لها
والوصية للقاتل لا تصح فيجعل وصية للعاقلة لانهم اجانب فكان لها مهر مثلها من
الدية فان كان مهر مثلها قدر الدية فالعاقلة لا يغرمون لها شيئا لان العاقلة يتحملون
عن المرأة بسبب جنايتها ولا يتحملون لها وان كان مهر مثلها اقل من الدية فذلك القدر
يسقط عن العاقلة والباقي وصية لهم وهم اجانب فيصح ان كان يخرج ذلك الفضل
من ثلث ماله وان كان لا يخرج تلك الزيادة من ثلث ماله فلهم مما زادوا قدر الثلث يرفع
ذلك عنهم ويردون الباقي على ورثة الميت وهذا كله قول ابي حنيفة فاما عندهما فالجواب
فيه في العمد والخطأ كالجواب فيما اذا تزوجها على القطع وما يحدث منه او على الجناية
لما ذكر من الخلاف في المسئلة المتقدمة كذا في شروح الجامع الصغير قوله فتزوجها
على يده اي على موجب قطع يده يجب حينئذ مهر مثلها لانا لو اوجب قطع يده قوله
لا سيما على تقدير السقوط اي سقوط القصاص يعني انه ليس بمال لا يصلح مهرا وهو القصاص
فعلى تقدير سقوطه اولى ان لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل كما لو لم يسم شيئا وانما سقط القصاص
لانه لما جعله مهرا فقد رضي بسقوط حقه فيه قوله على ما نبين اشارة الى قوله
وقد رضي بسقوط حقه قوله واذا سرى اي سرى قطع اليد الى هلاك النفس قوله واذا
وجب لها مهر المثل وعليها الدية يقع المقاصة اي يقع المقاصة بين مهر المثل والدية اذا
استوى قدرهما فان كان في الدية فضل ترده المرأة على ورثة الميت وان كان في مهر
المثل فضل يرده ورثة الميت على المرأة قوله ولا يتقاصان اي لا يتقاصان ما على الزوج من
مهر المثل وما على المرأة من الدية لاختلاف الذمم لان الدية هنا تجب على العاقلة لكون
القتل خطأ ومهر المثل يجب لها على الزوج فلا يتقاصان وانما يكون المقاصة اذا اتحدت الذمة
في الوجوب لها وعليها كما اذا قطعت عمدا وسرى الى النفس لان الدية تجب عليها لا على العاقلة
لانه عمد والمهر لها ايضا فاتحدت الذمة فوقعت المقاصة قوله ولا شيء عليها اي لا يجب
عليها شيء اصلا لا القصاص ولا الدية وهذا هو رواية الجامع بقوله ولا شيء وكذلك لا يجب
على العاقلة شيء من الدية لان العاقلة لا تتحمل عمدا قوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها

مخطوطات جامعة الرياض

العقلا لهم مثلها قوله ولهم ثلث ما ترك الميت وصية اى للكافلة ثلث ما ترك الميت
من الدية وصية لهم لان التزوج على اليد وما يحدث منها تزوج على الدية والدية تخفف
مهر المثل ان كانت الدية تقدر بمهر المثل صحت الوصية للكافلة اسقطت عنهم لان الوصية
للاجانب صحيح وان كانت لا تسطع للمراة لا لحقها كالة كان فضلت الدية عن مهر المثل اسقط
الزيادة عنهم ان كانت تخرج من ثلث المال وان لم تخرج الزيادة من ثلث المال يسقط ثلث
الزيادة عنهم لانه وصية في حقهم اما فيما على ثلث الزيادة يودية الكافلة الى ورثة الميت
قوله لانه مريض مرض الموت د بيل قوله ولهم ثلث ما ترك الميت قوله ومعنى الحال ان يرجع
عليهم اى ان ترجع المراة على الكافلة قوله فما تقوحوا بهما في الفصلين اى فيما اذا تزوجها
على اليد ولم يذكر شيئا اخر وفيما اذا تزوجها على اليد وما يحدث منها لان العفو عن اليد
عفو عن السراية عند ابى يوسف ومحمد خلافا لابى حنيفة وقد عرف قبل هذا قوله
قال ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه اى قال في الجامع
الصغير وصورته في اصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابى حنيفة رضى الله عنه في رجل
قطع يد رجل عمدا فاقتص القاضى ثم مات المقتص له فعلى المقتص منه القصاص ولورثة المقتص
له ان يقتلوه وهذه من الخواص وذلك لان السبيل في الجناية على الاطراف الاستيفا حوالا
حتى يتبين حق المجنى عليه فلما مات من ذلك ظهر ان حقه في النفس لا في الطرف وقد كان
استوفى الطرف على انه حقه ولا يبطل باستيفا الطرف حقه في النفس ولا يجب للبد شى لانه
لا قيمة لنفس القاطع لحق القصاص فكذلك الطرف الا ترى ان رجلا لو وجب له على رجل قصاص
في النفس فقطع يده ثم قتله لا شى عليه في قطع اليد ولكنه اسا فكذلك هاهنا والا يصير
قطع يد القاطع شبهة في سقوط القصاص عنه قال في شروح الجامع الصغير وعن ابى
يوسف انه لا يقتل لان الاقدام على القطع كان ابرا عما وراه والجواب عنه انما يصير ابرا
عما وراه ان لو كان الموجب معلوما وعند القطع في زعمه ان الموجب هو قطع اليد فاستوفى
اليد لهذا لا انه ابراه فاذا مات تبين ان الموجب هو القتل فيقتل قوله قال ومن
قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفى وقد قضى له بالقصاص او لم يقض فعلى قاطع اليد
دية اليد في ماله وقال ابو يوسف ومحمد لا شى عليه اى قال في الجامع
الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابى حنيفة رضى الله عنه في الرجل يقتل وليه

عمدا

عمدا فيقطع يد قاتله ثم يعفو عنه وقد قضى القاضى بالقصاص او لم يقض قال فعلى قاطع
اليد دية اليد في ماله وقال ابو يوسف ومحمد ان قطع الولى يد القاتل ثم عفا عنه فلا دية عليه
باطل الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وقول الشافعى كقولهما كذا في الاسرار اصحه قولهما
ان الولى بقطع اليد من نفس لو اتلفها لم يضمن فوجب ان لا يضمن اليد كما لو قطع يده مرتد ثم اسلم
ثم سرى وهذا لان اليد كانت حقا للولى تبعا للنفس فتبطل بالعفو حقه عما بقى لا عما استوفى
يدل عليه الاحكام منها انه لو قطع ثم حز رقبته قبل البرء لا يضمن ومنها انه لو قطع ثم حز رقبته
بعد البرء لا يضمن ومنها انه لو قطع وعفا وسرى لا يضمن ومنها انه لو قطع وما عفا وما سرى
وما برى لا يضمن قالوا الطرف مع النفس بمنزلة الاصابع مع الكف في الشجة ثم لو قطع اصبعه
وعفا عن الكف لا يضمن ضمان الاصبع فكذلك في الطرف مع النفس وهذا لان حقه ثابت في
النفس وكل حق ظهر في النفس يظهر في حق الاطراف تبعا لانها من جملة النفس فيكون من جملة
ما جعل حقا له شرعا ولابى حنيفة انه استوفى طرفا بغير حق فيضمنه لان حقه في القتل لا في
القطع والقطع ابانة والقتل ازهاق وبينهما مغايرة وكان القياس ان يجب القصاص في اليد
الا انه سقط للشبهة لان له ان يتلف يد من عليه القصاص تبعا للنفس فكان ذلك شبهة
ولانه لما عفا عنه فقد ابطل حقه في القصاص فاستند العفو الى وقت القطع فتبين انه قطع
يده بغير حق فيجب دية اليد لان القصاص سقط للشبهة تحقيقه ان حق الولى في ازهاق الروح
لا في اتلاف الاجزا لكن اتلاف الاجزا حصل ضرورة فوات المحل قصاصا وملك القصاص ضرورى
ثبت ضرورة تجبر حق المقتول لان الجانى المحل بما في استخفاف النفوس وهو الحرب او حرمة
تخريب بنية الله تعالى وما ثبت ضرورة يتقدر بقدر الضرورة لا عبرة فلا يظهر حق الولى
في المحل الا عند استيفا القصاص فيجعل حقه عدما قبل الاستيفا في حق المحل فيكون قطع
اليد تصرفا في غير حقه فيجب الضمان والجواب عن المسايل فنقول اذا قطع ثم حز رقبته
قبل البرء فانما لا يضمن لان الطرف صار مستحقا في حق القتل لهذا الفعل وقع قتلا
او هو من جملة القتل لان من قتل انسانا لا يمكنه ان يقتله بجراحة واحدة ظاهرا وغالبا
فاذا جرحه جراحات ومات كان الكل قتلا فكان مستحقا واما اذا حز رقبته بعد البرء قال
الامام علا الدين العالم في طريقة الخلاف فالصحيح انه على هذا الخلاف فمنعه واما اذا قطع
وعفا وسرى فقد القطع وقع قتلا فكان الطرف مستحقا في حقه واما اذا قطع وما عفا

وما سرى وما يرى لم يتبين انه بغير حق لان ذلك انما يتبين بالبرء وقال الامام علاء الدين رحمه الله
لو قطع وما عفي بر المختلف المشايخ فيه فالصحيح انه على الخلاف والجواب عن مسئلة الاصابع
حنفه صاحب الاسرار وقال لا نسلم انه لا يلزم ضمان الاصبع بل يلزمه اذا عفا عن الكف ومن اصحابنا
من سلم ذلك ويفرق بالفرق فقال انه استحق الكف والاصابع اصلا لان الاتلاف ورد على الكل
مقصودا لان الكف وان كان مقصودا في القيام اصلا تابع في الفرض والاصابع وان كانت تبعا
في القيام اصل في الفرض وهو البطش فلما كان كل واحد منهما اصلا من وجه كان كل واحد منهما مستحقا
اصلا من وجه تبعا من وجه ثم الكف مستحق اصلا فكذا الاصابع بخلاف الطرف مع النفس فانه
تابع للنفس من كل وجه فلم يكن مستحقا اصلا من وجه تبعا من وجه ثم الكف مستحق اصلا
فكذا الاصابع بخلاف الطرف مع النفس فانه تابع للنفس من كل وجه فلم يكن مستحقا اصلا قوله
قطع اليد قطعا بغير حق موجب الضمان قوله قال ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه
ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية النفس عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن وهذه المسئلة ذكرها
تفريعا للتشبيه المذكورة في البداية وحكى هذا بلفظ قال في اول المسئلة مناسبا قال
الحاكم الشهيد في الكافي واذا اقتص الرجل من الرجل في عضو او شجة فمات المقتص منه من ذلك
فديته على عاقلة المقتص في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا شيء عليه الى هنا
لفظ الكافي ووجوب الدية عند ابي حنيفة استحسان والقياس ان يجب عليه القصاص كذا
في المختلف وجه قولهما ان هذا قطع بحق فلا يكون سرايته مضمونا عليه كما اذا قطع
الامام يد السارق في سرقته او يقال هو قطع ماذون شرعا فلا يكون مضمونا عليه
اذا سرى كقطع الامام يد السارق وكما اذا احتجم او فصد او بزغ باذن المحجوم والمفصود
والفقه واضح لانه اذا كان القطع ماذونا او كان بحق لا يوصف بالتعدي سرايته لان السراية
لا تخالف البداية وجه قول ابي حنيفة انه قتل نفسا معصومة بغير حق فيجب الضمان
لان قتل النفس المعصومة موجب للدية او القصاص بالنصوص ولا شك في العصمة واما
الكلام في وقوع الفعل قتلا وذلك لانه ظاهر ايضا لان القتل ازهاق الروح بسبب
فعل لا تحتمله النفس وقد حصل هنا ذلك فيكون قتلا لانه اذا قطع قطعة هو لما
شدد يدا لا تحتمله النفس يفضي الى تلف النفس لا محالة ولهذا لو كان قطع اليد ظلما من
غير قصاص وسرى الى النفس جعل ذلك قتلا موجبا للقصاص او الدية في حق النفس وكونه

قتلا

قتلا امر حقيقي لا يختلف ذلك بوقوعه حقا او بغير حق فاذا ثبت ان هذا القطع جعل
قتلا بعد السراية وجب ضمان القتل بغير حق لا لحقه في مجرد القطع لا في القتل وفي
المسائل المذكورة انما لم يجب الضمان بعد السراية لانه مامور بالفعل اما بالتقلد كما
في الامام لان تقلد الامامة والتزام العقد كما في الفصاد والبزاغ فاذا كان مامورا كان
الاتيان بالفعل واجبا والواجبات لا تتقيد بشرط السلامة كالرمي الى الحربي وفي سراية القود
لا التزام ولا وجوب فكان ذلك قطعا مباحا حقا له فكان مقيدا بشرط السلامة
كما في سائر المباحات كالاصطياد والمشي في الطريق بل هذا اقوى في ذلك لانه مندوب
الى الترك لقوله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى فكان مقيدا بشرط سلامة العاقبة
فاذا ظهر في عاقبته انه قتل اخذ به ولكن الدية فيجب على العاقلة لانه في معنى الخطا
لانه اراد بهذا القطع استيفاء حقه من القطع ولم يرد به اتلاف النفس كذا في شرح الكافي
والباقي يعلم في شرح طريقة الخلاف باب الشهادة في القتل ذكر الشهادة في القتل
بعد ذكر حكم القتل بنفسه لان الشهادة بالقتل متعلقة به والمقصود منها اثبات
القتل فكانت غير مقصودة في الباب فكان ذكر حكمها بعد ذكر حكمه مناسبا قوله قال
ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه
يعيد البينة عند ابي حنيفة وقالا لا يعيد وان كان خطا لم يعدها بالاجماع اي قال في الجامع
الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل يقتل عمدا وله ابنان كبيران
احدهما غائب والاخر حاضر فاقام الحاضر بينة على قاتل ابيهم ثم قدم الغائب فانه يامره
ان يعيد البينة عليه وان كان قتل خطا لم يامره ان يعيد البينة قال وكذلك الدين
يكون على الميت لابيهم لا يكلفه ان يعيد البينة الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وقال
في المختلف الابن اذا ادعى دم ابيه على رجل واخوه غائب واقام البينة انه قتل اباه عمدا
قبلت البينة وحبس القاتل فاذا حضر الغائب كلفه القاضي اعادة البينة وقالا لا يكلفه
ذلك وجه قولهما ان القصاص حق الميت لانه عوض عن نفسه ونفسه مملوكة له فكان
البدل له ثم ينتقل عنه الى ورثته ولهذا كانت الدية للمقتول وكذا القصاص اذا
انقلب مالا يكون المال للميت حتى يقضي منه ديونه وينفذ وصاياه ولهذا كان للمراة
حق في القصاص والمراة لا تملك شيئا من حق الزوج الا بطريق الوراثة واذا ثبت انه

القصاص يثبت للوارث بطريق الوراثة على معنى انه يثبت للميت اولا ثم ينتقل
عنه الى الوارث كان بمنزلة الدين وعنه احد الورثة ينتصب خصما عن الميت في اثباته
ولهذا يحبس القاتل لاقامة البينة لان الوارث خصم في اثباته ولهذا اذا ادعى الدية لم
يكلف اعادة البينة بالاتفاق اذا حضر الغائب فكذا اذا ادعى القصاص ولابي حنيفة
ان القصاص حق الميت من وجه وحق الورثة ابتداء من وجه وذلك لانه شرع للتشفي
ودرك الثار وهذا حق الورثة ابتداء من هذا الوجه لان الميت لا ينتفع به ومن حيث
انه بدل النفس حق الميت ولهذا اذا انقلب مالا تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه واذا
كان القصاص حقا للورثة من وجه لم يجز ان ينتصب احد الورثة خصما عن الوارث
الآخر لانه اثبت حق نفسه لا حق غيره فلا بد من اعادة البينة للغائب لان احد
الورثة ينتصب خصما عن الميت لا عن ولي آخر فكما ثبت ان القصاص حق الميت من وجه
وحق الورثة من وجه ثبت القتل من وجه ايضا والثبوت من وجه اورث الشبهة والتهمة
فيحبس بخلاف الدية فانه حق الميت من كل وجه لانه ينتفع بها فجاز ان ينتصب احد
الورثة خصما عن الميت لا عن ولي آخر فلما ثبت ان القصاص حق الميت من وجه وحق الورثة
من وجه ثبت القتل من وجه ايضا فلم يحتج الى اعادة البينة فان قيل الا سلام ولا يلزم
ان القصاص حق صار مالا اصار موروثا لانه انما لا يورث لعدم الفائدة وقد صار ذلك
مقبلا او هو كالموصى له بالثلث لا حق له في القصاص واذا صار مالا وجب له ثلثه لما قلنا
قوله ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح اي ولاجل ان الملك في القصاص للميت يسقط
القصاص بعفو الميت قبل موته بعد الجرح كان القدوري في شرح مختصر الكرخي قال
اصحابنا اذا عفا المجروح ثم مات فالقياس ان لا يصح عفوه لان القصاص يثبت
للورثة ابتداء ولولا ذلك لم يثبت لهم بعد الموت فكانه ابرا من حق غيره وانما استحسنوا
وجوزوا عفوه لان الحق له وانما يقوم الوارث في استيفائه مقامه واذا اسقط جاز
ويكون من جميع المال لانه حق ليس بمال ذكره بطلاقه وقالوا في الوارث اذا عفا عن الجارح
قبل موت المجروح فالقياس ان لا يصح عفوه لانه عفا عن حق غيره الا ترى ان المريض
لو عفى في هذه الحالة جاز وانما يثبت للوارث الحق بعد موته فاذا عفا قبل موته

لم يجز

لم يجز كما لو ابرا من دين الميت قبل موته وانما استحسنوا فقالوا يجوز لان الحق
يثبت للورثة عند الجرح لولا ذلك لم يثبت لهم عند الموت فاذا ابرا عند
ثبوت سبب الحق جاز كما لو ابرا عن الدين المؤجل كذا ذكر القدوري في شرحه
قبيل باب جناية العبد قوله وله ان القصاص طريقه الخلافة دون الوراثة
قيل في الفرق بينهما هو ان طريق الوراثة ان يثبت الملك للمورث ابتداء ثم
للوارث وطريق الخلافة ان يثبت الملك للخلف ابتداء كالعبد اذا اتهب
فانه يثبت الملك للمولى ابتداء بطريق الخلافة لان العبد ليس باهل للملك
قوله فان كان اقام القاتل البينة ان الغائب قد عفا فالشاهد خصم
ويسقط القصاص ولفظ محمد في اصل الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة
قتل رجل عمدا وله وليان غاب احد الوليين فاقام القاتل البينة ان الغائب
قد عفا قال يكون الشاهد خصما في ذلك وكذلك عبد بين رجلين اذا يكون
الحاضر خصما وذلك لانه يدعي على الحاضر سقوط حقه في القصاص وانقلاب
نصيبه مالا بعفو الغائب فانتصب الحاضر خصما عن نفسه وعن الغائب لانه لا يمكنه
القضاء بسقوط حق الحاضر الا بعد ثبوت العفو من الغائب فصار الغائب ههنا
مقضيا عليه تبعا والقضاء عليه تبعا لو حضر الغائب لم يعد البينة وعليه
لان القضاء نفذ عليه قال محمد وكذلك عبد بين رجلين يعني قتل العبد
عمدا واحد المولين غائب فادعى القاتل عفو الغائب واقام بينة لما قلنا
قال في شرح الكافي ولو ادعى عفو الغائب ولم يكن له بينة واراد استحلافه
فانه يؤخر حتى يقدم الغائب فيحلف لان الحلف لا تقضى منه ولا يحلف الحاضر
به لانه يدعي العفو على الغائب وهو ليس بخصم في حق نفس العفو فان قيل
ان لم يكن خصما في حق نفس العفو فهو خصم في حق حكمه ولهذا قبلت البينة
عليه قلنا نعم ولكن انما قبلنا البينة عليه على تقدير انه يجعل كالنائب
عن الغائب لانه يتوصل بعد ذلك باثبات ما يتصل به من حكمه وانما يستقيم تقدير
النيابة فيما يجري فيه النيابة والبينات مما يجري فيه النيابة لما الاستحلاف
فلا يجري فيه النيابة وهذا لانه لا فائدة في التحليف بطريق النيابة لانه

فيتبع ويقول لا اعلم له بمال الغائب واذا ابان بعد ذلك لا يظهر القاضي شيئا قال
الحاكم الشهيد فان ادعى بينة حاضرة على العفو اجلته ثلاثة ايام كالبعض
الثلاثة ثم يا خذهم دفعته الى اوليائه قال في شرح الكافي وهذا ليس بحكم
يختص بدعوى العفو بل كل خصم اذا ادعى دفعا ببينة حاضرة في كل حق يؤجله
الى المجلس الثاني لانه يحتمل ان الامر كما يقول فاذا امهله لا يبطل الحكم الذي
توجه عليه وقال الحاكم ولو ادعى بينة غائبة كما قبل شاء ان يقضي عليه
ويمضي القضاء كما يقضي بغيبته في الاموال لان القضاء متوجه عليه بحجة فلا يجوز
التاخير لامر موهوم الا ان القصاص فلا يعجل فيه بل يتثبت ويستاني
استعظاما لامر الدم بخلاف الاموال لان ذلك لا يستدرك لو وقع فيه
الخطا بخلاف القصاص فانه لا يستدرك فوجب القود بالتاخير الى ان يظهر
للقاضي كذبه بحيلة يسلمه الى اولياء القتيل كذا في شرح الكافي قوله
قال فان كان الاولياء ثلاثة فشهد اثنان منهم على الآخر انه قد عفا فشهادتهما
باطلة وهو عفو منهما اي قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في رجل قتل عمدا وله ثلاثة اولياء فشهد اثنان منهم على صاحبهما انه قد عفا قال
شهادتهما باطلة وهو عفو منهما فان انكر القاتل ما قالا فلا شيء لهما وللولي
الآخر ثلث الدية وان صدقهما القاتل فعليه جميع الدية للاولياء الثلاثة
اثلاثا الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وهذه المسئلة على وجوه اربعة اما
ان يصدقهما المشهود عليه والقاتل جميعا واما ان يكذبهما جميعا واما ان
يصدقهما القاتل وحده واما ان يصدقهما المشهود عليه وحده فاما ان صدقاهما
جميعا فلا يشكل لانه يصير بمنزلة العفو المعروف فيصير نصيبهما مالا ويبطل
نصيب العافي وان كذباهما فلا شيء للشاهدين ويبطل نصيبهما وصار نصيب
المشهود عليه مالا لان الشاهدين اقرا ببطلان القصاص ثم ادعيا الانقلاب
على ابطال القصاص صحيح وعلى دعوى المال لا يجوز فصار كانهما عفوا لان بطلان
القصاص ظهر من جهتهما وان صدقهما القاتل وكذبهما المشهود عليه كان
كله مالا ويغرم القاتل الدية اثلاثا لانه لما صدقهما فقد اقر لهما بثلثي الدية

فلزم

فلزم وادعى بطلان حق المشهود عليه فلم يصدق فيغرم له مالا وان صدقهما المشهود
عليه وكذبه القاتل لم يصدق على القاتل ولا يلزم القاتل الا ثلث الدية
وهو نصيب المشهود عليه لكنه يعود اليهما لانه من زعم المشهود عليه انه قد
عفا ولا شيء على القاتل وانما عليه ثلثا الدية بينهما والذي في يده وهو ثلث
الدية مال القاتل وهو من جنس حقهما فيصرف اليهما وكان القياس ان لا يجب شيء
اصلا لانهما ادعيا مالا والقاتل ينكر حقهما وانما القاتل اقر بالثلث للمشهود
عليه لانه يقول لم يعف المشهود عليه والمشهود عليه ينكر ما اقر به القاتل له
لكنه استحسن فاوجب ثلث الدية وصرفه اليهما لان القاتل اقر به على ما قلنا
فلما قال المشهود عليه عفوت فكانه اقر ان نصيب الشاهدين صار مالا فقد
حصل الذي اقر به القاتل للشاهدين فيجوز اقراره بذلك وهو بمنزلة رجل
اقر لرجل بالف درهم فقال المقر له هذه الالف ليست لي ولكنها لفلان تجاز
ذلك وصار الالف لفلان فكذلك ههنا كذا في شروح الجامع الصغير قوله
لانهما يجران بشهادتهما نفعا الى انفسهما احتجاج لقوله فشهادتهما باطلة وهذا
لان شهادة من يجر المغنم ويدفع المغرم باطلة لكونها متهمة قوله وان كذبهما
فلا شيء لهما اي وان كذبهما القاتل وكذبهما المشهود عليه قوله معناه اذا
كذبهما المشهود عليه ايضا وفي بعض النسخ معناه اذا كذبهما القاتل ايضا
فعلى تلك النسخة يكون تفسير قوله وان كذبهما اي المشهود عليه والاول
اصح قوله لاقراره له بذلك اي لاقرار القاتل للمشهود عليه بثلث الدية قوله
وما اقر به القاتل للمشهود عليه فقد بطل بتكذيبه وهو من اضافة المصدر
الى الفاعل اي بتكذيب المشهود عليه القاتل في انكار العفو يعني لما صدق
المشهود عليه الشاهدين صار مصدقا فيه تكذيبا منه للقاتل في انكاره
العفو قوله فصار مقرا لهما اي صار الغائب وهو المشهود عليه بالعفو
مقرا للشاهدين بما اقر به القاتل وهو ثلث الدية له اي للغائب قوله قال
واذا شهدوا انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود اي
قال في الجامع الصغير وذلك لانهم شهدوا بالقتل باقصى ما يمكن لانه ليس

في وسع الشهود ان يعاينوا الجرح والضرب ولا يعتبر المجروح صاحب فراش
لا يراد لكن لا يتحقق بموته ان القتل العمد تفسيره ان يضربه عمدا فيموت به
بسبب ذلك الضرب حتى لو كان يقوم ويذهب في حوائجه بعد الضرب لا يقتل واذا
كان صاحب فراش بذلك الضرب ومات فقد مات بذلك السبب فوجب الحكم به ولم
يكلف الشهود بتوضيحه ولكن تأويل المسئلة فيما اذا شهدوا انه ضربه بسلاح او
ما يجري مجرى السلاح في تفريق الاجزاء لان في غير ذلك لا يجب القود عند ابي
حنيفة ولا يتبين ان الضرب بسلاح فقد يكون خطأ فكيف يجب القود ولانا نقول
لما شهدوا انه ضربه بسلاح ثبت العمد لا محالة لانه لو كان خطأ لقالوا انه قصد
غيره فاصابه وقال في شرح الكافي ولا ينبغي ان يشتبه الشهود انه مات بذلك
ام لا وكذلك هذا في الخطأ لا يعلم متى شهدوا على هذا الوجه فقد شهدوا ان القتل
فان القتل اسم لجرح مفض الى تلف النفس عادة وقد شهدوا به حيث قالوا
لم يزل صاحب فراش حتى مات وهذا لان الموت متى وجد عقيب سبب صالح
حينئذ فلا بد ولا يضاف الى شيء اخر اذا لم يكن في الظاهر سبب اخر وان احتمل سببا
في الباطن ولكن الاحتمال الخلاف الظاهر لا يعتبر في الاحكام وكذلك اذا شهدوا
انه ضربه بالسيف حتى مات ولم يزيدوا على هذا الا انهم قد ذكروا سببا صالحا واخبروا
انه مات عقيبه فصارت الشهادة به شهادة بالقتل وكذلك لو لم يذكروا
العمد لان العمد هو القصد بالقلب وهو امر باطن لا يوقف ولكن يعرف بالدليل
وهو الضرب بالة قاتلة عادة ولو شهدوا انه قتله عمدا او انه مات به فهو
يحوط كذا في شرح الكافي لشيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي قوله قال واذا
اختلف شاهدا القتل في الايام او في البلدان او في الذي كان به القتل فهو
باطل اي قال في الجامع الصغير ولفظ محمد في اصل الجامع الصغير عن يعقوب عن
ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل قتل وليه عمدا فشهد له شاهدان فاختلفا
في الايام او في البلدان او في الذي قتله به لم تجز شهادتهما وقال [illegible] فيه
عن ابي حنيفة في رجل ادعى على رجل انه قتل وليه فشهد له شاهد انه قتله بالسيف وشهد
الاخر انه قتله بالعصا فانه هو باطل وان شهد شاهد انه قتله بالعصا وقال الاخر انه

قتله

قتله ولا ادري باي شيء قتله فقال هو باطل كله وفاقا للحاكم الشهيد في الكافي
ولو شهد احدهما انه قتله بالسيف وشهد الاخر انه طعنه برمح او شهد الاخر
انه ضربه بسيف وشهد الاخر انه رماه بسهم او اختلفا في مكان القتل او وقته
او موضع الجراحة من بدنه فالشهادة باطلة وذلك لان القتل مما لا يعاد
ولا يتكرر فالموجود في مكان او زمان غير الموجود في مكان اخر او زمان اخر فاذا
كان كذلك لم يوجد الاتفاق من الشاهدين على قتل واحد فلم يقبل شهادتهما
كذلك وكذلك القتل يختلف حكمه باختلاف الالة لان القتل بسلاح يوجب
القصاص وبغير السلاح يوجب الدية واذا اختلف حكمهما كانا غيرين فلم يثبت
واحد منهما وكذلك محل القتل يختلف باختلاف موضع الجرح وكذلك اذا
شهد احدهما بانه لا يوجب القود وقال الاخر لا ادري باي شيء قتله لان احدهما
شهد بقتل معلوم لا يوجب القصاص قطعا والاخر بقتل مجهول فلم يتفقا على
قتل واحد كذا في شروح الجامع الصغير قوله قال وان شهدا انه قتله
وقالا لا ندري باي شيء قتله فاني اقضي عليه بالدية الى هنا اصل لفظ الجامع
الصغير وذكر في الاصل انه استحسان وكان القياس ان لا تقبل الشهادة
وجه القياس ان هذا اغفلة من الشاهدين فلا تقبل شهادتهما ولا يحتمل
الاختلاف ايضا لانهما لو فسرا احتمل ان كل واحد منهما فسر بخلاف ما فسره
الاخر بان يقول احدهما قتله بالسيف ويقول الاخر قتله بالعصا وجه
الاستحسان انهما شهدا بالقتل المطلق ولم يظهر بينهما اختلاف في الظاهر
فتقبل شهادتهما لاتفاقهما ولكن تقتضي بادنى موجبي القتل وهو الدية
لانه يتيقن ويبطل القصاص ولكن يجب الدية في ماله لان مطلق القتل محمول على
الاصل عمدا ولا يجب على العاقلة بالشك ويحمل امر الشاهدين على درء القصاص ص
دون الجهل احسانا للظن بهما لان الشرع اطلق في الكذب في اصلاح ذات
البين قال عليه السلام ليس بكذاب من اصلح بين اثنين فقال خيرا او نمى
خيرا او ليس كذلك اذا شهد احدهما انه قتله بالسيف وشهد الاخر انه قتله
بالعصا حيث لا تقبل الشهادة لان ثمة ثبت الاختلاف في الظاهر فلا يحمل

وحمل الاخر على الدرء هذا تبيين المجمل انما هو هنا فيتعلق بقوله والمطلق لتبيين مجمل او لا
لان المطلق يمكن العمل به قبل البيان كما في قوله تعالى فتحرير رقبة والمجمل لا يمكن
العمل به الا ببيان من المجمل لكونه محتملا لوجوه ولانه يحتمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم
بالمشهود عليه انه يحتمل اتهاما للشهود في الشهادة لقولهم لا ندري باي شيء قتله على
احسانهم بالمشهود عليه هو القاتل حق لا يجب عليه القصاص الا على الكذب
ولا على الجهل حسبة للستر على القاتل ويحمل قولهم لا ندري عفوا والاجمال الاول
بمعنى الاحكام والثاني بمعنى الاحسان فقولهم عفوا ولو كذبهم في نفي العلم
ظاهرا وما ورد بطلانه فهو نصب بنزع الخافض اي بظاهر ما ورد من الحديث بالحلال
او يجوز الكذب في قوله عليه السلام ليس بكذاب من اصلح بين اثنين وهذا
في معناه اي ستر الشاهد على المشهود عليه ما يوجب القتل في معنى اصلاح ذات
البين لان العفو مندوب هنا بقوله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى كما ان الاصلاح
مندوب ثمة فكان تجويز الكذب ثمة تجويزا هنا قوله قال وان اقر رجلان
كل واحد منهما انه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما وان
شهدوا على رجل انه قتله وشهد اخرون على اخر بقتله وقال الولي قتلتماه جميعا
بطل ذلك كله اي قال في الجامع الصغير وهذا لان الاصل في باب الاقرار ان المقر
له اذا كذب المقر في بعض اقراره لا يبطل اقراره فيما بقي ولو كذب المشهود في
بعض الشهادة بطلت الشهادة فيما بقي هنا دليل ذلك ان رجلا لو اقر لرجل بالف
درهم فقال المقر له لي عليك الف وخمسون كان للمقر له ان ياخذ منه خمسين
ولو شهد شاهدان على رجل بخمسين فقال المشهود له لي عليك الف
درهم بطلت الشهادة في الكل لانه لما كذب الشاهدين في بعض الشهادة
دل ان الشاهد كاذب عنده وشهادة المتهم باطلة واقرار المتهم جائز وان عرفنا
هذا فنقول في هذه المسألة اذا اقر كل واحد منهما بالقتل فقد اقر كل واحد منهما
بالاتلاف لجميع النفس وقد صدق في كل واحد منهما باتلاف بعض النفس
والقصاص يجب باتلاف البعض كما يجب باتلاف الكل كما مر انه اذا اقر انه قتلهما
والثاني في الشهادة فلما كذب كل فريق في بعض الشهادة بطلت شهادتهما

في

في الكل لو لم يتبين كل لانهما قتلتماه ولكن قال صدقتما بطل القصاص في الوجهين جميعا
سواء كان اقرارا او شهادة وهذا الحرف ذكر في كتاب الاقرار ولم يذكر هنا وانما
صار هكذا لانه قال صدقتما صار كانه قال لكل واحد منهما قتلت انت الكل
وحدك فكان في تصديق كل واحد منهما تكذيب الاخر كذا ذكره الفقيه
ابو الليث في شرح الجامع الصغير قوله منهما اي من الاقرار والشهادة قوله
في بعض ما اقر به فيتقيد به لان تكذيب المقر له في بعض ما اقر به المقر مبطل لاقراره
باب في اعتبار حالة القتل قيل لما كانت الاحوال صفات تعتبر في الحال بعد وجود
ذكر احوال القتل بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به قوله قال ومن رمى مسلما
فارتد المرمى اليه والعياذ بالله ثم وقع السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة
وقالا لا شيء عليه اي قال في الجامع الصغير وصورتها محمد عن يعقوب عن ابي
حنيفة في رجل رمى رجلا والمرمى مسلم ثم ارتد قبل ان يقع السهم ثم وقع به السهم
وهو مرتد فمات فان الدية على الرامي لورثة المرتد وقال ابو يوسف ومحمد لا شيء
على الرامي وان رمى وهو مرتد فوقع بها السهم بعدما اسلم لم يكن على الرامي شيء
في قولهم جميعا الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وهذه من الخواص وجه قولهما انه
اتلف محلا غير معصوم واتلاف غير المعصوم هدر فصار كما لو جرحه ثم ارتد
ثم مات ولانه بالارتداد اخرج نفسه عن التقوم فيصير مبرئا اياه عن الجناية ولو
ابراه عن الجناية او عن جنسه ثم اصابه السهم لا شيء عليه فكذلك هنا ولابي حنيفة
ان الانسان انما يصير جانيا بفعله وفعله الرمي فيعتبر حالة وقت الرمي ولهذا
لو كانت الجناية خطأ فكفر بعد الرمي قبل الاصابة يصح تكفيره وكذلك لو رمى
مسلم الى صيد ثم ارتد والعياذ بالله واصاب الصيد وهو مرتد فجرحه ومات
يؤكل يعتبر قائلا من وقت الرمي ولو كان مجوسيا فرمى الى صيد ثم اسلم قبل
الاصابة ثم اصابه وجرحه ومات لا يحل اكله لان المعتبر وقت الرمي ووقت الرمي
كان مجوسيا وكذلك ارسال الكلب على هذا التفصيل فعلم بهذه المسائل ان
ان الرامي يعتبر قاتلا من وقت الرمي والمقتول كان مسلما وقت الرمي الا انه
لا يجب القصاص لان اعتبار حالة التلف يورث شبهة فيه والقصاص مما

لا يستوفى مع الشبهة فكذا هذا لانه بالارتداد صار مبرئا اياه عن ضمان الجناية لا يضع لان عنده ان الردة لا تبطل التقوم فكيف يكون مبرئا عن ضمان الجناية كذا ذكر فخر الدين قاضيخان قوله ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا فاسلم ولفظ محمد في المسئلة الاولى ذكرناه قبل هذا واما في المسئلة الثانية فقال محمد في اصل الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل رمى حربيا ثم اسلم الحربي ثم وقع به السهم بعدما اسلم قال ليس على الرامي شيء وقولهم جميعا الى هنا لفظ محمد وهذه من الخواص ايضا وذلك لان المعتبر عند ابي حنيفة حالة الرمي ووقت الرمي لم يكن المرمي متقوما لعدم العصمة لكونه مرتدا او حربيا فكان بقيمة هدرا واما عندهما فلان فعله وقت الرمي وقع هدرا باعتبار الظاهر فلا ينقلب معتبرا ولان قتل الحربي والمرتد مما هو لابد فلو اعتبرنا حالة الاصابة لامتنع الناس من قتلهم فتسقط اعتبار وقت الاصابة في حقهم لمكان الضرورة بخلاف ما اذا كان مسلما وقت الرمي لانه لا ضرورة ثمة قوله قال والرمي عبد اذا اعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة وقال محمد فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي اي قال في الجامع الصغير وهذه من الخواص ايضا قال شيخ الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وقول ابي يوسف مثل قول ابي حنيفة روى عنه الحسن وقال زفر عليه الدية قالوا في تفسير قول محمد انه ينظر بكم يشترى لو لم يكن ذلك الرمي وبكم يشترى في تلك الحالة فيجب فضل ما بينهما بيانه ان قيمته ان كانت قبل الرمي الف درهم وبعد الرمي ثمانمائة يلزمه ما بينا درهم وجه قول زفر ان الرمي انما صار علة عند الاصابة لان الاتلاف لا يكون بلا تلف متصل بالمحل وحين اتصل التلف به كان حرا لا عبدا فكان اتلافا للحر لا للعبد فكيف يجب قيمة العبد بلا تلف ولا يمنع النجعل الاعتاق قاطع للسراية لان سراية الفعل لا تكون عند الاتصال ولم يحل السراية ولم يوجد وقوعا الا بعد الاعتاق فلم يؤثر فيه حكم الاعتاق المتقدم وجه قول محمد ان توجه السهم عليه لو جب انتزاعه على الهلاك فصار ذلك كالجرح الواقع به ولو جرحه ثم اعتقه مولاه ينقطع السراية فلا يلزم الدية ولا القيمة لو انا ينقص

عبد

وجه قول محمد

النقصان فكذلك ههنا والدليل على ان العتق يبطل سراية الجناية ما قال الصدر الشهيد في شرحه ان من قطع يد عبد انسان خطأ ثم اعتقه مولاه ثم مات لم يجب عليه قيمة النفس وانما يجب عليه ارش اليد مع النقصان الذي نقصه القطع الى ان عتق فدل ان العتق يبطل الجناية ولابي حنيفة وابي يوسف ان الرامي جاني بالفعل الذي هو الرمي وصار كانه اصابه السهم في ذلك الوقت وحينئذ كان المرمي اليه عبدا فيجب قيمته وقت الرمي للمولى الا ترى ان رجلا لو كان مولى لرجل فاخذ موالاة غيري بعد الرمي فلم يحول ولاؤه الى غيره فالضمان على مولاه الاول ولا يجب على الاخر شيء فكذا ههنا وكذلك مسلم رمى سهما الى صيد ثم ارتد والعياذ بالله ثم وقع السهم به فقتله حل الصيد فكذا هنا وليس الرمي كالجرح الذي قاس عليه محمد لوجود الفارق بينهما لان الجرح حصل به تلف بعض المحل وحينئذ كان المحل للمولى فيجب الضمان للمولى ايضا ثم بعد سراية الجرح الى النفس لو وجب الضمان لوجب للعبد لانه حينئذ معتوق وذلك لا يصح لكون الا تمام مخالفا للابتداء لانه بنزل منزلة تبدل المحل حقيقة وعند تبدل المحل لا يتحقق السراية واما الرمي قبل اتصال السهم بالمحل فلم يحصل به اتلاف اصلا فلم يجب بالرمي حين وجوده ضمان فلم يلزم مخالفة الانتهاء الابتداء وانما انقلب الرمي علة للاتلاف عند الاتصال بالمحل بطريق استناد الحكم الى وقت الرمي وكانه وجد من ذلك الوقت فلم يلزم المخالفة فلم يكن العتق قاطعا لسراية الرمي لعدم المخالفة ثم ابو حنيفة مر في هذه المسئلة على اصله وابو يوسف فرق بين هذه المسئلة وبين ما تقدم ووجه الفرق ان المعترض ثمة هو الردة وهي مبطلة عصمة المحل فلا يلزمه شيء اما هنا فالمعترض هو الاعتاق والعتق لا يبطل عصمة المحل بل يؤكده الا انه لا يلزمه الدية لان الرمي وقع موجبا ضمان القيمة واعتبار وقت الاصابة يوجب الدية فلا يلزمه الزيادة بالشك وقد ذكر الفقيه ابو الليث قول ابي يوسف مع محمد في شرح الجامع الصغير في مسئلة الاعتاق بعد الرمي وذكر فخر الاسلام في شرحه قوله مع ابي حنيفة قوله قال ومن قضي عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع احد الشهود ثم وقع به السهم فلا شيء على الرامي اي قال في الجامع الصغير وتفسيره

لك

محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه قال اذا قضى القاضي على رجل بالرجم
فرماه رجل بحجر ثم رجع احد الشهود ثم وقع به الحجر بعد ذلك قال الدية على الرامي
شي الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وهذه من الخواص بينا انها عند ابي حنيفة لان
اصل الفعل كان مباحا لان الاعتبار لحالة الرمي عنده فوقع هدرا ولكن يجب الضمان
على الراجع ان رجعوا جميعا فعليهم الدية وان رجع واحد فعليه ربع الدية واما عندهما
فلان هذا الفعل لما وقع هدرا لم ينقلب مضمونا الا ان الاصل عنده بما انه اذا وقع
محترما ثم تبطل عصمته ابطل لعصمته وان وقع هدرا ثم صار متقوما لا ينقلب
متقوما قوله واذا رمى المجوسي صيدا ثم اسلم ثم وقع الرمية بالصيد لم يوكل وان رماه
وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله اكل وهذه من مسائل الجامع الصغير مروية
في كتاب الصيد وذلك لان المعتبر حالة الرمي فلا يعتبر التغير بعد ذلك كما مر
التقييد في الاولى وحل في الثانية قوله والتسليم كما عنده لا يعتبر السلاب الاهلية
عند الرمي قوله ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان
رمى حلال صيدا ثم احرم فلا شيء عليه وهذه من مسائل الجامع قال فخر الاسلام
البزدوي رح في شرح الجامع الصغير وفي هذا الفصل اعتبر حالة الرمي بالاجماع لان
هذا راجع الى اهلية الفاعل فاعتبر عند وجوده فعليه فاما يرجع الى المحل فيعتبر
عند اتصاله بمحله ولهذا قال اصحابنا في كتاب المناسك في رجل محرم رمى صيدا
في الحل فقتل الصيد في الحرم ثم اصابه السهم فقتله ان عليه الجزاء ولو ارسل كلبه
على صيد في الحل والمرسل في الحل فادخله الحرم ثم قتله لا جزاء عليه لان فعل الكلب
مضاف الى الذي ارسله فصار نفر الصيد هنا مضافا الى الذي ارسله والعلة
فلم تتحقق في حقه فهذا هذا المعنى يرد هدر الكفر الحادث فيه وفي مسئلة الصيد
نفر الصيد مضاف الى الصيد والعلة لم توجد في حقه فلم يجب

كتاب الديات

ذكر مسائل كتاب الديات بعد كتاب الجنايات لان الدية احد موجبي الجناية في الادمي
ولكن لما كان القصاص اعلا مرتبة واقوى اثرا قدمه لان معنى الاحياء والصيانة فيه اكثر
ولان وجوب الدية فيما كان بمحل العوارض كالخطأ وما في معناه والاصل عدم العارض فلهذا
قدم القصاص على الدية لهذا وهذا وضع القدوري في مختصره والشيخ ابو الحسن الكرخي فلم

فيه

في مختصره كتاب الدية على كتاب الجنايات والطحاوي قدم القصاص على الديات في الذكر
حيث ترجم الكتاب بقوله كتاب القصاص والديات ثم اعلم ان محمدا رح ذكر احكام الجنايات
في كتاب الديات ولم يسم كتاب الجنايات لان اصل الاحكام احكام الديات وذلك لان القصاص
لا يجب الا بالعمد المحض والدية تجب في شبه العمد وفي الخطأ وفي العمد ايضا عند تمكن الشبهة
ثم اعلم ان الدية مصدر من ودى القاتل المقتول اذا اعطى وليه المال الذي هو بدل النفس
ثم قيل لذلك المال المعطى الدية تسمية بالمصدر والتاء في اخرها عوض عن الواو المحذوف في الاول
كما في العدة والصفة والدية اسم لضمان يجب بمقابلة الادمي او طرف منه سمي بها لانها تودى
عادة لانه قلما يجري فيه العفو لعظم حرمة الادمي ولم يسم قيمة لان القيمة اسم لما يقوم
مقام الغائب وفي قيامه مقام الغائب قصور لعدم المماثلة بينهما وضمان المال يسمى قيمة
ولا يسمى دية لان معنى القيام فيه اكمل لوجود المماثلة المطلقة ولو سمي دية جاز لانهما يودى
والاول لو سمي قيمة جاز لمعنى القيام ولكن غلب الاسم في كل واحد منهما قوله قال والدية في شبه
العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل اي قال القدوري في مختصره وقد مر بيانه
وجوب الدية فيه والكفارة في اول كتاب الجنايات مستوفى قوله قال وكفارته عتق
رقبة مؤمنة اي قال القدوري في مختصره وانما اشترط الايمان في كفارة القتل دون سائر
الكفارات لانه منصوص عليه بقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة والنص وان كان ورد في الخطأ
ولكن لما كان شبه العمد فيه معنى الخطأ ثبت فيه حكم الخطأ قوله فان لم يجد فصيام شهرين
متتابعين يعني المظاهر اي ان لم يقدر على اعتاق الرقبة المؤمنة فعليه صيام شهرين
على التتابع بالنص المذكور في الخطأ لان شبه العمد في معنى الخطأ وهو قوله تعالى فمن
لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله قوله ولا يجزيه فيه الاطعام اي في شبه
العمد وذلك لانه لم يرد فيه نص بالاطعام بخلاف كفارة اليمين وكفارة الظهار وكفارة
الصوم فان المنصوص ثمة بالاطعام ولان الله تعالى اوجب الصيام مرتبا على اي الجزاء الشرط
اذا لم يقدر على الاعتاق فذلك يدل على انه كل الواجب لان جزاء الشرط لا يكون جزاء الا اذا كان
كاملا في كونه جزاء الا ترى انه لو قال ان دخلت الدار فانت طالق يجعل قوله فانت طالق
جزاء كاملا من غير ان يعقد زينب طالق ايضا او وعبدي حر ايضا ومعنى قوله هو
او لكونه كل المذكور اي لكون الصيام كل المذكور لان الصيام هو المذكور لا غير فلو كان
الاطعام واجبا ايضا لذكر وحيث لم يذكر دل ان الاطعام غير مراد لان السكوت في موضع

الحاجة الى البيان بيان لقوله على ما عرف انه في لسان لصون الفقه قوله ويجزيه رضيع احد ابويه
مسلم قال محمد في اصل الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل وجب عليه عتق رقبة
مؤمنة فاعتق رقبة رضيعا فانه يجزيه ان كان احد ابويه مسلما وان كانا كافرين لم يجزه
وان كان عليه عتق رقبة فليس يجزيه ان يعتق ما في البطن الى هنا لفظ محمد رح والمسئلة
الاولى من الخواص وذلك لان الشرع امر باعتاق رقبة مؤمنة وقد ثبت للرضيع حكم الايمان
باسلام احد ابويه لان الولد يتبع خير الابوين دينا بخلاف ما اذا كانا كافرين حيث لا يجوز الاعتاق
عن الكفارة لانه تابع لابويه في الدين والرضيع في العادة فهو الاعلم بتبيين سلامة اعضائه
حتى جعل بمنزلة المعقد في حكم القصاص والارش في مسئلة الجامع الصغير في مولود يولد
فقطع رجل ذكره ففيه حكومة عدل الا ان يكون الذكر قد تحرك ففيه القصاص في العمد
والدية في الخطأ وكذلك اذا قطع لسانه وقد استهل ففيه حكومة عدل الا ان يكون تكلم فان
تكلم ففيه الدية كاملة وكذلك بصره ففيه حكومة عدل الا ان يعلم انه قد ابصر وفي هذه المسئلة
جعله بمنزلة سليم الاطراف ووجه التوفيق ان سلامة الاطراف لم تثبت بالدليل والقطع عيب(؟) لم
يثبت حدوث السلامة فصار النقصان لازما فوجب حكومة العدل واما الاعتاق فلا يحتمل(؟)
باب السلامة فيكون تاويل المسئلة انه اعتق ثم عاش حتى ظهرت سلامة اعضائه واطرافه
حتى انه لو مات قبل ان يظهر ذلك لم يتادى به الكفارة كذا اشار فخر الاسلام في شرح الجامع
الصغير واما المسئلة الثانية ففي كتاب الايمان وغيره قال فخر الاسلام تفسيره ان
يولد بعد الاعتاق بيوم او نحوه حتى يتيقن حياته عند الاعتاق بيقين وانما لم يجز
عن الكفارة لان الجنين وان اعتبر نفسا في حق نفوذ العتق فقد ثبت له حكم الاطراف
الا ترى انه يضمن بارش الموضحة وانه لا تملكه ولا تملكه على الاطلاق وانه قائم بغيره
فكان بمنزلة عضو من الاطراف ولان الله تعالى اوجب في الكفارة اعتاق الرقبة الكاملة
والجنين له حكم بعض الرقبة ولهذا لو ضرب انسان بطن امة فالقت جنينا ميتا يجب
عليه عشر قيمته ان كان ذكرا فلما ثبت انه بعض الرقبة لم يجز عن الكفارة لان الله
تعالى قال فتحرير رقبة مؤمنة قوله قال الله هو الكفارة في الخطأ اي كفارة تحرير
الرقبة المؤمنة هو الكفارة في الخطأ ايضا قوله لما تلونا اي لقوله تعالى فتحرير
رقبة مؤمنة قوله ودية شبه العمد عند ابي حنيفة مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون
بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة

اي

اي دية شبه العمد عند ابي حنيفة وابي يوسف مائة من الابل ارباعا كما ذكر وقول ابي يوسف
مثل قول ابي حنيفة في كتب اصحابنا كالمبسوط ومختصري ابي جعفر الطحاوي وابي الحسن
الكرخي وشرحيهما ومختصر القدوري وشرح الاقطع وغير ذلك من كتب الثقات
وكان تركه ذكر ابي يوسف في الهداية سهوا القلم عن صاحب الهداية او عن الكاتب وقوله
بنت مخاض بالنصب على التمييز لان مميز احد عشر الى تسعة وتسعين يجي منصوبا
وقد علم في النحو وهذا الذي ذكره في دية شبه العمد ارباعا قول ابن مسعود وفيه
خلاف الصحابة وذكر محمد في الاصل عن عمر والمغيرة وابي موسى ان دية شبه العمد
اثلاثا ثلاثون حقة وثلاثون جذعة واربعون ما بين ثنية الى بازل عامها كلها
خلفة في بطونها اولادها وهو قول محمد والشافعي وعن علي في شبه العمد اثلاثا ثلث
وثلاثون حقة وثلث وثلاثون جذعة واربع وثلاثون خلفة في بطونها اولادها كذا
ذكره القدوري في شرحه وجه قول محمد ما روي في السنن مسندا الى القسم بن ربيعة
عن عقبة بن اوس عن عبد الله بن عمرو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب يوم فتح مكة
الا ان دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا فيه مائة من الابل منها اربعون في بطونها
اولادها وروي في السنن ايضا مسندا الى مجاهد قال قضى عمر في شبه العمد ثلاثين حقة
وثلاثين جذعة واربعين خلفة ما بين ثنية الى بازل عامها ولانه شبه الدية غلظت
دية الخطأ فوجب اظهار غلظها على هذا الوجه ولنا ما روى محمد في موطاه عن مالك قال
اخبرنا عبد الله بن ابي بكر ان اباه اخبره عن الكتاب الذي كان رسول الله صلى الله عليه
وسلم كتبه لعمرو بن حزم في العقول فكتب ان في النفس مائة من الابل وجه الاستدلال
انه ظاهره يقتضي دخولها تحت اوله الاسم لكونه متيقنا والذي ذهب اليه هو الادنى قطعا(؟)
قال محمد وروى الزهري ان السائب بن يزيد قال كانت الدية على عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم ارباعا ونحن نعلم انه لم يرد به الخطأ لان دية الخطأ اخماس فتعين شبه
العمد ولان دية شبه العمد بدل النفس فوجب ان يجب بالقتل او ما يجب بالقتل فلا يجب فيه
الحوامل كالخطأ ولانه حيوان وجب بالقتل فلا يعتبر فيه الحمل كما لا يعتبر في كفارة
العتق ولانه سن يجب في الدية فلا يعتبر فيه الحمل كالحقاق والجذاع ولان الواجب
في النفس مائة من الابل بحديث عمرو بن حزم فلو اوجبنا الخلفات لاوجبنا الزيادة

على ذلك من وجه لان ما في البطن جعل كنا على حدة وله عرضية لانفصال الحياة فيصير دليلا
ايجاب الزيادة على ما قدره الشرع وهو باطل ولان الحمل شيء لا يوقف عليه حقيقة وانما
ما يوقف عليه ايجاب ما ليس في الوسع وهو باطل لما والزيادة التي ذكرها محمد
وهو قوله منها اربعون خلفة في بطونها اولادها ليس بثابت لان النبي صلى الله عليه
وسلم قال ذلك في خطبته يوم الفتح بمكة على درجة الكعبة على ما ذكر في السنن والصحاح
منوا عرون وهم قد اختلفوا في دية شبه العمد ولم يحتج احد منهم على غيره بهذا الحديث
فلو كان ثابتا لاحتج وحيث لم يحتج دل انه ليس بثابت بصفة الزيادة ولئن ثبت
فهو معارض بقول ابن مسعود لان قوله يحمل على التوقيف لان المقدرات لا تعرف بالقياس
فيها فلابد ان يكون ذلك من جهة التوقيف لكونه بريا عن الكذب والخرافات واذا تعارض
الخبران كان الاخذ بالمتيقن اولى وما ذكر محمد من القياس لا مجال له في هذا الباب لانه ليس
من المقدرات وحديث مجاهد منقطع لانه لم يسمع من عمر وذكر ابو يوسف في كتاب الخراج
اختلاف عمر وعلي وابن مسعود كما ذكرنا ثم قال يعني وقال عثمان بن عفان وزيد بن
ثابت هي المغلظة وفيها اربعون جذعة خلفة وثلثون حقة وثلثون بنت لبون
وقال ابو موسى الاشعري والمغيرة بن شعبة ثلاثون حقة وثلاثون جذعة
واربعون ثنية الى بازل عامها كلها خلفة ثم قال ابو يوسف في كتاب الخراج واحوال
لا يضيق عليك الامر في تفسيرها فتؤدي من هذه الاخبار ويدل والخلفة الحامل من النوق ه
والخلفة التي طعنت في الرابعة والجذعة التي طعنت في الخامسة والذكر جذع ه
والثنية التي طعنت في السادسة والذكر ثني والرباعية التي طعنت في السابعة
والذكر رباع والسدس الذي دخل في السنة الثامنة فاذا دخل في التاسعة
فهو بازل فاذا دخل في العاشرة فهو مخلف ثم ليس له اسم ولكن يقال بازل عام وبازل
عامين ومخلف عام ومخلف عامين الى ما زاد وقال ابو عبيد اذا لقحت الناقة فهي خلفة
فلا تزال خلفة الى عشرة اشهر فاذا بلغت عشرة اشهر فهي عشراء قوله قال
ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه قال
فلا يقضى بالدية في غير الابل لم تتغلظ وذلك لان القياس يمنع التغليظ لان تعمد الاتلاف
وخطاه في باب الحرم سوا وانما تركوا القياس في الدية من الابل فغلظوا بالخبر وما
سواها

سواها على اصل القياس وانما وجبت دية شبه العمد على العاقلة لحديث المغيرة بن
شعبة رضي الله عنه ان امراتين كانتا تحت رجل من هذيل فضربت احداهما الاخرى
بعمود فقتلتها فاختصموا الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال احد الرجلين كيف ندي
من لا صاح ولا اكل ولا شرب ولا استهل فقال اسجع كسجع الاعراب فقضى فيه
غرة وجعله على عاقلة المراة وفي رواية فجعل النبي صلى الله عليه وسلم دية المقتول
على عصبة القاتلة وغرة لما في بطنها كذا في السنن واخرجه مسلم والترمذي والنسائي
وابن ماجه الا ترى ان المراة اعتمدت الضرب ثم اوجب عليه السلام الغرم على العاقلة
ولان هذا القتل اجري مجرى الخطا في وجوب الدية فكذلك في تحمل العاقلة ويكون
ذلك عليهم في ثلث سنين وكذلك كل دية وجبت بنفس القتل اما اذا وجبت الدية
بالصلح فهي حالة والاصل فيه تاجيل عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقضى بالدية على
العاقلة في ثلاث سنين بحضرة الصحابة من غير خلاف كذا ذكر القدوري في شرحه
فصار ذلك اصلا يجب الرجوع اليه كسائر العقود التي عقدها الخلفاء اهل الاسلام
بحضرة الصحابة رضي الله عنهم فلم يخالف عليهم منهم احد فصار ذلك اصلا لا يسع خلافها
كعقده مع بني تغلب في مضاعفة العشر عليهم في اموالهم ووضع الخراج على اهل
سواد العراق واهل الشام وتقسيم طبقات اهل الذمة في الجزية وتقدير الدية الف
دينار وقد كانت في زمن النبي صلى الله عليه وسلم مائة من الابل قوله لما قلنا اشارة
الى قوله لان التوقيف فيه قوله لما بينا من عدم الدية او ذكر في كتاب الجنايات قوله قال
والدية في الخطا تجب من الابل اخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون
وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة قال القدوري في مختصره
قال ابو يوسف في كتاب الخراج واختلف اصحاب محمد صلى الله عليه وسلم في اسنان
الابل في الدية في الخطا فعبد الله بن مسعود رضي الله عنه يروي عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال دية الخطا اخماسا حدثني بذلك الحجاج عن زيد بن جبير
عن خشف بن مالك عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه
وسلم انه قال دية الخطا اخماسا قال وحدثني منصور عن ابراهيم وابو حنيفة
عن حماد عن ابراهيم قال كان عبد الله بن مسعود يقول في الخطا اخماسا عشرون

حقة وعشرون جذعة وعشرون بنات لبون وعشرون بنو مخاض وعشرون بنات
مخاض وكذلك كان عمر بن الخطاب يقول في الخطأ حدثني بذلك ابو حنيفة عن حماد عن
ابراهيم عن عمر قال دية الخطأ اخماسا واما علي رضي الله عنه فكان يقول الدية في
الخطأ ارباعا خمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون ابنة لبون
وخمس وعشرون ابنة مخاض واما عثمان وزيد بن ثابت فكانا يقولان في دية الخطأ
ثلاثون جذعة وثلاثون بنات لبون وعشرون ابن لبون وعشرون بنات مخاض
حدثني بذلك شعبة عن قتادة عن سعيد بن المسيب الى هنا لفظ كتاب الخراج وقول
احمد واسحاق مثل قولنا وقال مالك والشافعي في الخطأ اخماسا والخمس الرابع بنو لبون
ذكور لهما ما روى مالك في الموطأ عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار انه كان يقول
في دية الخطأ عشرون بنات مخاض وعشرون بنات لبون وعشرون بني لبون وعشرون
حقة وعشرون جذعة وقال محمد في موطاه ولسنا ناخذ بهذا ولكنا ناخذ بقول عبد
الله بن مسعود وقد رواه ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال دية
الخطأ اخماسا عشرون بنات مخاض وعشرون بني مخاض وعشرون بنات لبون وعشرون
حقة وعشرون جذعة اخماسا ولان ابن مخاض اقل من ابن لبون في السن فكان ما
قلناه اولى بما قاله مالك والشافعي لانه اخف وهو اولى بحال الخاطئ لانه معذور وقوله
على كون ما قال اعقل ابن مسعود قوله والحجة عليه ما ذكرناه ان الحجة على الشافعي
قول ابن مسعود وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله قال ومن العين
الف دينار ومن الورق عشرة الاف درهم اه قال القدوري في مختصره والعين الذهب
والورق الفضة واعلم انه لا خلاف في تقدير الدية من الابل مائة وانما الخلاف في
اسنانها وكذا لا ريب انه قبل هذا واتفقوا في ان الدية من العين الف دينار الا ما حكي
لحضرة قول الشافعي الذي يقول فيه ان ما سوى الابل يعتبر فيه القيمة فانما
على القول الذي قال ان الدية مقدرة فيما سوى الابل قال الطحاوي الدنانير
الف دينار وقد دل على هذا ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في النفس
مائة من الابل وروي انه جعل دية كل ذي عهد في عهده الف دينار واختلفوا في الدية من
الدراهم فقال اصحابنا هي مقدرة بعشرة الاف وزن سبعة وقال مالك والشافعي
هي اثنا

هي اثنا عشر الف درهم كذا ذكر القدوري في شرحه وذكر الترمذي في جامعه قول
احمد واسحاق مثل قول الشافعي وقول سفيان الثوري مثل قولنا لهم ما روي
في السنن عن عكرمة عن ابن عباس ان رجلا من بني عدي قتل فجعل النبي صلى الله عليه
وسلم ديته اثني عشر الفا ولنا ما روى محمد في كتاب الآثار قال اخبرنا ابو حنيفة
عن الهيثم عن عامر الشعبي عن عمر بن الخطاب قال على اهل الورق في الدية عشرة
الاف درهم وعلى اهل الذهب الف دينار وجه الاستدلال به ان عمر رضي الله عنه قضى بذلك
بمحضر من الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع ولانه كان يتحرز عن الجزاف والكذب بتقويل
الرسول فكان كلامه محمولا على السماع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان الدية
مقدرة في الذهب بالف دينار والدينار مقوم بعشرة دراهم في الشرع الا ترى انه مقوم
بعشرة في الزكاة حتى يجعل في النصاب عشرين دينارا ومن الاخر مائتي درهم
الا ترى الى ما رواه ابن عباس رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قطع
رجلا في مجن قيمته دينار او عشرة دراهم وما روي من حديث ابن عباس يحتمل انه قضى من
دراهم وزن ستة خالفي لانه احمد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان وزن الدراهم
وزن ستة ثم صار وزن سبعة وقال القدوري في شرحه قال محمد انما كانت الدية
اثني عشر الفا وزن ستة وقال في شرح الاقطع ذكر عمر بن شبة في كتاب البصرة
ان اول من قضى بالدية من الدراهم بالعراق زياد فقضى بالبصرة بعشرة الاف وكانت
وزن سبعة وقضى بالكوفة باثني عشر الفا وكانت وزن ستة وقال شيخ الاسلام
خواهر زاده في مبسوطه يحتمل ان الدراهم كانت وزن ستة الاستيفاء الا انه اضيف
الوزن الى ستة لما كان عرف بها منها كما يقال فلان يملك مائتي درهم اذا كان عنده ثمانيا
منها كما يقال منه ولان الاخبار لما تعارضت كان الاخذ بالمتيقن وهو الاقل اولى وقال
القدوري في شرحه واختلفوا فيما سوى الابل هل هو اصل بنفسه في الدية او قيمة
الابل فكان ابو بكر رضي الله عنه الرازي يقول الاصل هو الابل وما سواها قيمة
لها الا ان الحاجة ثبتة تقدرت بالشرع فلا يزاد عليها ولا ينقص منها ثم قال بعد ذلك
الدراهم والدنانير اصول في الدية بانفسها وليست بقيمة وقال الشافعي في
احد قوليه ان الدراهم والدنانير قيمة وانها تختلف باختلاف الازمان وهذا ذكر

ابو بكر او لا قود رسول الله صلى الله عليه وسلم في النفس مائة من الابل وروى عن
الزهري انه قال كانت الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة من
الابل قيمة كل بعير اوقية فلما كان زمن عمر غلت الابل فجعل عمر قيمة كل بعير اوقية
ونصفا فلما غلت ايضا جعلها اوقيتين ولم تزل تغلو حتى بلغ قيمة الابل اثني عشر
الفا وروى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال كانت الدية على عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم مائة من الابل قيمتها اربعة الاف وعدلها من الذهب اربعمائة
دينار ووجه قول الثاني ان الدراهم لو كانت قيمة لم يجز ان يقضى بها مؤجلة لانه
يؤدي الى الدين بالدين فلما قضى بها مؤجلة دل على انها وجبت بنفسها وروى
شعبة عن سعيد بن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان دية
كل ذي عهد في عهده الف دينار وروى عن عمر رضي الله عنه انه قضى بالدية في
ستة اصناف والقيم لا يقضى بها في البقر والغنم والحلل فدل على ان هذه الانواع
ديات بانفسها كما ذكر القدوري في شرحه قوله قال ولا يثبت الدية
الا من هذه الانواع الثلاثة عند ابي حنيفة وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة
ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان اي قال القدوري في
مختصره وقال الكرخي في مختصره والحلة ثوبان ازار ورداء والازار المئزر وقال
الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ثم جنس الدية ثلاثة عند ابي حنيفة من
الدراهم والدنانير والابل وعلى قول ابي يوسف ومحمد الدية من هذه الاصناف
ومن اصناف ثلاثة سواها من الحلل والبقر والغنم من الحلل مائتا حلة قيمة كل
حلة خمسون درهما ومن البقر مائتا بقرة قيمة كل بقرة خمسون درهما ومن
الغنم الفا شاة قيمة كل شاة خمسة دراهم ولا يؤخذ عند ابي حنيفة
هذه الاشياء الى هنا لفظ شرح الطحاوي ووجه قولهما ما روى ابو يوسف في
كتاب الخراج وقال حدثني محمد بن اسحاق عن عطاء ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم وضع الدية على الناس في اموالهم على اهل الابل مائة بعير وعلى اهل البرود
مائتي حلة ثم قال ابو يوسف رحمه الله وحدثنا ابن ابي ليلى عن الشعبي عن عبيدة
السلماني قال وضع عمر بن الخطاب الديات على اهل الذهب الف دينار وعلى

اهل الورق عشرة الاف درهم وعلى اهل الابل مائة من الابل وعلى اهل البقر مائتي
بقرة وعلى اهل الشاة الفي شاة وعلى اهل الحلل مائتي حلة ثم قال ابو يوسف رحمه الله
وحدثنا اشعث عن الحسن ان عمر وعثمان رضي الله عنهما قوما الدية وجعلا
ذلك الى المعطي ان شاء فالابل وان شاء فالقيمة ووجه قول ابي حنيفة ان التقدير
انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يتقدر
التقدير بهذه الاشياء في ضمان شيء فلا يصح التقدير بها هاهنا ايضا وكان القياس
في الابل هكذا ايضا لانها لا تصلح ضمانا في سائر الاشياء الا انا جعلناها اصلا في
الديات بالاثار المشهورة وهو قوله عليه السلام ان في النفس مائة من الابل وقوله
عليه السلام الا ان قتيل الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا وفيه مائة
من الابل وقوله عليه السلام دية الخطأ اخماسا عشرون بنات مخاض
وعشرون بني مخاض وعشرون بنات لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة
ولم يوجد مثل هذه الاثار في غير الابل فنزل على اصل القياس ولانه يحتمل ان عمر
قضى بذلك بطريق الصلح بعدما قضى بالدراهم او الدنانير فان الصلح من الدية
على ما اصطلحا يجوز قال الكرخي في مختصره وقال ابو حنيفة انما فرض عمر ذلك
قبل ان تدون الدواوين وتفرض الاعطيات فلما دون الدواوين وفرض الاعطيات
جعلها كلها في الدنانير والدراهم والابل وقال في شرح الطحاوي وقيل الاختلاف
بينهم لانه ذكر في كتاب المعاقلة ان الولي لو صالح على اكثر من مائتي حلة فالفضل باطل
بالاجماع فلولا انه من جنس الدية لوجب ان يجوز ولو صالح مع العاقلة او مع القاتل
على اكثر من عشرة الاف درهم او اكثر من الف دينار او اكثر من مائة من الابل او اكثر
من مائتي حلة او اكثر من مائتي بقرة او اكثر من الفي شاة فانه لا يجوز الزيادة
بالاجماع ولو صالح على خلاف جنس الدية كالعبد والعقار والكيل والوزن والثياب
فانه يجوز سواء كان قليلا او كثيرا هذا اذا كان الصلح قبل ان يقضي القاضي
بجنس منه ولو ان القاضي قضى بجنس منه من الدراهم عشرة الاف والف دينار فصالح
على خلاف ذلك فانه يجوز وان كان كثيرا او ان كان من جنس الدية لان القاضي
لما قضى بصنف من ذلك تعين وخرج سائر الاصناف من الدية فكذا لو
صالح على خلاف جنس الدية ولكن القبض شرط اذا كان المقضي دراهم فصالحه

على الدنانير لان هذا صرف والقبض في المجلس شرط في باب الصرف الى هنا لفظ شرح
الطحاوي وقيل ما ذكر في كتاب المعاقل قولهما اما عند ابي حنيفة فينبغي ان
يجوز الصلح على اكثر من ذلك واليه ذهب شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي قوله قال ودية المراة على النصف من دية الرجل وهذه مما دعت
الضرورة الى ذكرها في البداية ولم تذكر في الجامع الصغير ومختصر القدوري قال
الكرخي في مختصره ودية الاناث على النصف من دية الذكور وكذلك جراحهن
على النصف من جراح الذكور فيما قل من ذلك او كثر الى هنا لفظ الكرخي وقال محمد
في الاصل بلغنا عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه قال دية المراة على النصف
من دية الرجل في النفس وفيما دون النفس قال وبذلك نأخذ حتى يجب في قتل
المراة خطأ خمسة الاف درهم وفي قطع يدها الفان وخمسمائة وفي موضحتها
مائتان وخمسون وقال زيد بن ثابت ثلث الدية وما فوقها بالنصف وما دونه
لا بالنصف وبه اخذ الشافعي كذا في شرح الكافي ونحن هذا اعرف لا ما نقله
صاحب الهداية بقوله وقال الشافعي ما دون الثلث لا يتنصف هو الصحيح
لا ما قاله بعضهم في شرحه والصواب ان يقال وقال الشافعي الثلث وما دونه
لا يتنصف وقول مالك واحمد كقول الشافعي ولنا ما روى محمد في كتاب الاثار عن
ابي حنيفة قال حدثنا حماد عن ابراهيم قال قول علي بن ابي طالب احب الي من قول
عبد الله بن مسعود وزيد وشريح في جراحات النساء قال محمد وبقول علي وابراهيم
نأخذ كان علي بن ابي طالب يقول جراحات النساء على النصف من جراحات الرجال في كل
شيء وكان عبد الله بن مسعود وشريح يقولان تستوي في السن والموضحة
ثم على النصف فيما سوى ذلك وكان زيد بن ثابت يقول تستوي الى ثلث الدية
ثم على النصف فيما سوى ذلك الى هنا لفظ كتاب الاثار وقال ابو يوسف في كتاب
الخراج حدثنا ابن ابي ليلى عن الشعبي قال كان علي رضي الله عنه يقول دية المراة
في الخطأ على النصف من دية الرجل فيما دق وجل ولان هذه اروش مقدرة فيجب ان
تتنصف بالانوثة قياسا على الثلث وما فوقها وهذا لان حالها انقص من حال
الرجل ومنفعتها اقل وقد ظهر اثر النقصان في حالها ومنفعتها في النفس بالاجماع
حتى كانت ديتها نصف دية الرجل ولهذا اجلت المراة في خبر الثقات وشبهها دونها على

النصف

النصف من الرجل فلما وجب التنصيف في النفس لنقصان حالها وجب التنصيف في اطراف صح
والجراحات الا ان الدية بدل المحل فتتفاوت بتفاوت المحل وحجة الشافعي ما روي عن
زيد وسعيد قال القدوري في شرحه وعن سعيد بن المسيب انه قال تعاقل
المراة الرجل الى ثلث ديتها اي تساويه قال القدوري معناه انها كانت اقل من ثلث
الدية فان الرجل والمراة فيه سواء وقال ابن مسعود تعاقله فيما كان ارشه دون
نصف عشر الدية وقد روي ان ربيعة بن ابي عبد الرحمن سأل سعيد بن المسيب
عن رجل قطع اصبع امراة فقال فيها عشر من الابل فقال فان قطع اصبعين قال
فيها عشرون من الابل قال فان قطع ثلثة قال فيها ثلاثون من الابل قال فان قطع اربعا
قال فيها عشرون من الابل فقال ربيعة سبحان الله كلما كثر المها وزادت مصيبتها
قل ارشها فقال له اعراقي انت قال لا بل جاهل متعلم او عالم متثبت فقال هكذا
السنة قيل انه اراد بها سنة النبي صلى الله عليه وسلم كذا في شرح الكافي يعني ان
في هذا الباب حديثا مرفوعا وقال القدوري في شرحه وانما اراد سنة زيد بن ثابت
وما قاله ربيعة فهو الحجة في المسئلة لانه لا خلاف انه يؤدي الى تقليل الارش بكثرة الجناية
وهذا لا يصح وقد روى اهل المدينة في ذلك حديثا لم يثبت عند ابي حنيفة وهو ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال تعاقل المراة الرجل الى ثلث ديتها واحتج ابن
مسعود بالسنة في السن والموضحة فان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الجنين
بالغرة وهي مقدرة بنصف عشر الدية ولم يفصل بين الذكر والانثى فدل على انهما
متساويان فيما بلغ ارشه نصف الدية قال القدوري وهذا ليس بصحيح لانه انما
لم يختلف في الجنين حكم الذكر والانثى لانه لم يتعذر الفرق بينهما لعدم تمام الخلقة
فسوى بينهما لذلك قوله قال ودية المسلم والذمي سواء قال القدوري في
مختصره قال الكرخي في مختصره المسلم والذمي الكتابي وغير الكتابي والحربي المستامن
وكل من كانت نفسه محظورة فان قدر دياتهم سواء وفي الاناث في جميعهم على النصف
مما يجب في الذكور مما قل من ذلك او كثر وقال القدوري في شرحه وقال الشافعي
في دية اليهودي والنصراني اربعة الاف وفي دية المجوسي ثمان مائة درهم ونساؤهم
على النصف من ذلك وقال مالك في دية اليهودي والنصراني ستة الاف وقال الجزولي

من اصحاب احمد بن حنبل ودية الحر الكتابي نصف دية المسلم ونساؤهم على النصف من
دياتهم قال فقتلوا احمد اضعفت الدية على قاتل المسلم لازالة القود هكذا حكم عثمان بن
عفان ودية المجوسي ثمان مائة درهم ونساؤهم على النصف من ذلك الى ههنا لفظ الخرقي
وجه قولنا لذلك ما روي في الموطأ ان عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه ان دية اليهودي والنصراني اذا
قتل احدهما مثل نصف دية الحر المسلم وحدث مالك ايضا عن يحيى بن سعيد عن سليمان
ابن يسار انه كان يقول دية المجوسي ثمان مائة درهم ولنا ما روى محمد بن الحسن
في كتاب الآثار قال اخبرنا ابو حنيفة عن الهيثم بن الهيثم ان النبي صلى الله عليه وسلم
وابا بكر وعمر وعثمان قالوا دية المعاهد دية الحر المسلم وقال محمد ايضا اخبرنا ابو
حنيفة قال اخبرنا حماد عن ابراهيم انه قال دية المعاهد دية الحر المسلم وقال
محمد ايضا اخبرنا ابو حنيفة عن ابي المعطوف عن الزهري عن ابي بكر وعثمان انهم
جعلوا دية النصراني واليهودي مثل دية الحر المسلم قال محمد وبهذا ناخذ وكذا
المجوسي عندنا الى ههنا لفظ كتاب الآثار وقال الكرخي في مختصره حدثنا الحضرمي
قال حدثنا الحسن بن علي مولى ابن المبارك قال حدثنا ابو بكر بن عياش عن ابي
سعد يعني ابن المرزبان عن عكرمة عن ابن عباس قال جعل رسول الله عليه السلام
دية العامريين دية الحر المسلم وكان لهما عهد وروى الكرخي ايضا باسناده الى معمر
عن الزهري انه قال دية المعاهد كدية المسلم ولان الله تعالى سمى ما يجب بقتل الذمي
دية كما سمى ما يجب بقتل المسلم فدل على تساويهما وعلى انه لم يفصل قال تعالى وان
كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله ولانه بدل عن متلف فيستوي
فيه المسلم والذمي كبدل الاموال والجواب عما روى الشافعي فنقول انه لم يثبت
في كتاب من كتب الحديث ولئن ثبت وعرف موضعه واويه نحمله على انه قضى
بالثلث في سنة واحدة لان الدية تؤخذ في ثلاث سنين وتخصيص الذمي
بالذكر ليعلم انه مساو للمسلم في هذا الحكم وانه لا يؤخذ منه الدية في سنة
واحدة لكفره قالوا مكلف لم يكمل سهمه في المغنم فلا يكمل ديته كالمراة قلنا
فلا ينتقض بالثلث كالاصل والمعنى في الاصل انه اعتراها نقصانان نقص من جهة
القتال ونقص من جهة الخلقة فنقص القتال اوجب النقص في المغنم ونقص

الخلقة

الخلقة اوجب النقص في الدية والذمي ليس فيه الا نقص واحد وهو نقص
القتال لانه لا يجوز ان يخرج الى القتال الا باذن الامام فنقص سهمه لذلك
وفي الخلقة ساوى المسلم مع تقويم الدم فلهذا يكمل ديته قالوا احد بدلي
الدم فلا يستوي فيه المسلم والمستأمن او فلا يثبت للمستأمن على المسلم
كالقصاص قلنا لا يمتنع ان يفترقا في القصاص ويستويا في الدية كالاب اذا قتل
ابنه والحر اذا قتل عبدا عندكم او نقول القصاص يسقط بالشبهة وشبهة
الاباحة ثابتة في حق المستأمن فلهذا لا يجب القصاص بخلاف الدية فانها
تثبت مع الشبهة فصل فيما دون النفس شرع يذكر حكم الدية فيما دون
النفس بعدما ذكر حكمها في النفس لان الاطراف تابعة للنفس فلهذا بين حكمها في الذكر
ايضا تحقيقا للمناسبة قوله قال في النفس الدية اي قال القدوري في مختصره
وقد مر بيان ان الدية في النفس في شبه العمد وغيره في الرجل والمراة في المسلم
والذمي قبل هذا اجماعية محل الاختلاف على سبيل الاستقصاء قبل هذا الفصل
وهو المراد بقوله وقد ذكرناه وكلمة في يجيء للظرفية فيما كان تحتمله الاحتواء وبمعنى
على فيما كان لا تحتمله استعمالا لقوله تعالى في جذوع النخل وبمعنى السببية وهو
قليل نادر ذكره في بعض شروح النحو كقوله عليه السلام في اربعين شاة شاة
ويمكن فيه من هذا القبيل اي يجب الدية بسبب قتل النفس ويجب الدية بسبب
قطع المارن قوله قال وفي المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية
اي قال القدوري في مختصره والمارن ما دون قصبة الانف قال محمد في كتاب
الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم قال كل شيء من الانسان اذا لم يكن
فيه الا شيء واحد فاصيب خطأ ففيه الدية كاملة الانف والذكر واللسان
والقلب وذهاب العقل واشباهها وما كان في الانسان اثنين ففي كل
واحد منهما نصف الدية اليدين والرجلين والعينين واشباه ذلك قال
محمد وبهذا كله ناخذ وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره الاعضاء التي
يجب بكل عضو منها دية هي ثلاثة اعضاء اللسان والانف والذكر فاذا استوعب
الانف جدعا او قطع المارن منه وحده وهو ما لان من الانف عن العظم ففيه

الدية كاملة وكذلك اذا استوعب اللسان او قطع منه ما يذهب بالكلام كله
وكذلك الذكر اذا استوعب او قطعت الحشفة وحدها ففيه الدية الى هنا لفظ
الكرخي قال القدوري في شرحه والاصل في هذا ما روى سعيد بن المسيب
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي
الذكر الدية وفي الانف الدية وكذلك في الكتاب الذي كتبه رسول الله لعمرو
بن حزم بيانه فيها قال محمد بن الحسن في موطاه عن مالك قال اخبرنا عبد الله
بن ابي بكر ان اباه اخبره عن الكتاب الذي كان رسول الله صلى الله عليه وسلم
كتبه لعمرو بن حزم في العقول فكتب ان في النفس مائة من الابل وفي الانف
اذا اوعب جدعا مائة من الابل وفي الجائفة ثلث النفس وفي المأمومة مثلها
وفي العين خمسين وفي اليد خمسين من الابل وفي الرجل خمسين وفي كل اصبع مما هنالك
عشر من الابل وفي السن خمس من الابل وفي الموضحة خمس من الابل قال محمد وبهذا
كله ناخذ وهو قول ابي حنيفة والحاصل ثم الاصل في قطع طرف من اطراف الادمي
ان ينظر فيه ان فوت جنس منفعة على الكمال او ازال جمالا مقصودا في الادمي
على الكمال يجب به كل الدية لانه متى فعل هكذا فقد اتلف النفس من وجه
فان النفس لا يبقى منتفعا بها من ذلك الوجه فصار متلفا للنفس من وجه
والشرع الحق الاتلاف من وجه بالاتلاف من كل وجه في الادمي تعظيما له عرفنا
ذلك بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية في اللسان والانف فقسنا
غيره عليه اذا كان في معناه اذا ثبت هذا نقول في الانف الدية لانه ازال جمالا
على الكمال لان كل جمال الوجه فيه وانه معنى مطلوب في الادمي فصار النفس
باعتباره كالهالك من وجه ولو قطع المارن دون القصبة فكذا وكذا
اذا قطع الارنبة لان الجمال قائم بها فيفوت بفوات الجمال ولو قطع المارن مع
القصبة لا يزاد على دية واحدة لانهما عضو واحد وكذلك اللسان لانه يتعلق
به منفعة مقصودة وهو منفعة التكلم والنطق فان الادمي لا يفارق
البهيمة الا بالنطق ولانه لا يقدر على اقامة مصالحه الا بافهام اغراضه
من اعتباره فكان فائتا فصار النفس كالهالك الا في هذا النوع من المنفعة وفي هذا

قطع

قطع بعضه من الكلام اذ فيه الدية لان الدية انما تجب بتفويت المنفعة لا بتفويت صورة
ولو قدر على التكلم ببعض الحروف اختلف المشايخ فيه قال بعضهم تقسم على عدد الحروف
فما قدر عليه لا يجب فيه شيء وما لا يقدر عليه يجب وقال بعضهم تقسم على عدد
الحروف التي تتعلق باللسان واختاره القدوري بقوله وهذا ينبغي ان تعتبر الحروف
التي تفتقر الى الاستعانة باللسان فاما ما لا يفتقر الى اللسان كالباء والفاء فلا
يدخل في القسمة وقال بعضهم ان قدر على اداء اكثر الحروف يجب فيه حكومة عدل
لانه يحصل الافهام به مع ضرب خلل وان عجز عن الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر انه
لا يحصل به منفعة الكلام كذا في شرح الكافي ونقل الناطفي في الاجناس عن رجا ان الحسن
قال في رثة الانف حكومة عدل ونقل ايضا عن نوادر ابن رستم انه لو ضرب على الانف
حتى ذهب شمه ففيه حكومة عدل ثم الحروف التي تتعلق باللسان هي الالف والتاء والثاء
والجيم والدال والذال والراء والزاء والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء
واللام والنون فان لم يمكنه اتيان حرف منها يلزمه حصته من الدية من جملة حروف
اللسان فاما الهوائية والحلقية والشفوية فلا تدخل في القسمة وفي الذكر
الدية لانه تتعلق به جنس منفعة مقصودة وهي منفعة الايلاد والايلاج الذي هو
طريق الاعلاق عادة وفي الحشفة الدية كاملة لانها هي الاصل في الذكر في منفعة
الايلاج والدفق والقصبة كالتابع لها كذا في شرح الكافي وفي الانثيين الدية وفي احداهما
نصف الدية لانه يفوت بفواتهما جنس منفعة وهو منفعة الاعلاق لانه ينقطع
به ماؤه وهي منفعة مقصودة لما يتعلق به من بقاء النسل ولو قطع الانثيين مع الذكر
قالوا اذا قطع الكل بدفعة يجب ديتان لانه قطع عضوين يتعلق بكل واحد منهما جنس
منفعة بالذكر منفعة الايلاج وبالانثيين منفعة الايلاد ولو قطعهما بدفعتين ان
قطع الذكر اولا ثم الانثيين يجب ديتان ايضا لانه بقي الانثيان منتفعا بهما بعد قطع
الذكر ولو قطع الانثيين اولا ثم الذكر يجب في الانثيين الدية وفي الذكر حكومة عدل
وكذلك الخصي والعنين وقال في شرح الطحاوي كل ما كان في النفس منه زوج ففي
احدهما نصف الدية وفي كليهما الدية كاملة كاليدين والرجلين والانثيين والحاجبين
والعينين والشفتين وكل ما كان عشرا ففي واحده عشر الدية وفي الجميع الدية كاملة
كاصابع اليدين والرجلين في كل اصبع في الرجل الف درهم وفي المراة خمسمائة درهم وفي كل ن

في النفس الى آخرها ففي واحدة ربع الدية كالاشفار وكل ما كان في النفس واحدة تجب الدية كاملة
كما اذا زهقت الروح تجب الدية كاملة او ذهب بصره او ذهب سمعه قوله لعمرو بن حزم
وهو من الخزرج ويكنى بابي الضحاك استعمله رسول الله صلى الله عليه وسلم على نجران اليمن
وهو يومئذ ابن سبع عشرة سنة فخرج مع وفدهم يفقههم ويعلمهم السنة ومعالم
الاسلام ويأخذ منهم صدقاتهم وكتب له كتابا عهد اليه فيه وامره بامره كتابا مشهورا
عند اهل العلم وتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وعامله على نجران عمرو بن حزم الانصاري
وبقي عمرو بن حزم حتى ادرك بيعة معاوية بن ابي سفيان لابنه يزيد ومات بعد ذلك
بالمدينة كذا ذكر محمد بن سعد في كتاب الطبقات الكبير والكتاب الذي كتبه له رسول
الله مذكور بطوله في معجم ابن شاهين وقد ذكر شيء من ذلك في الموطأ وفي المقدم وفيه
كفاية ان شاء الله قال في الجمهرة وغيرها من اللغة بين المنخرين الانف طرفه
قوله قال وفي العقل اذا ذهب بالضرب الدية يعني اذا ضرب راسه فذهب عقله يجب
فيه الدية وهذه من مسائل القدوري قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره وفي
النفس الدية وكذلك العقل والسمع والبصر والشم والذوق والكلام الى هنا لفظ
الكرخي رح والاصل في ذلك ما ذكر القدوري في شرحه ان عمر رضي الله عنه قضى في رجل
باربع ديات ضرب على راسه فذهب عقله وكلامه وبصره وسمعه ولان العقل يبطل
بفواته منافع كل الاعضاء الا ترى ان افعال المجنون تجري مجرى افعال البهائم فصار كانه
اتلفه واما السمع فلانه منفعة ليس لها نظير في البدن ففيها الدية كالعقل واما
البصر فلما روينا من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي العينين الدية واما الشم
والذوق فلان لكل واحد منهما منفعة لا نظير لها في البدن واما الكلام اذا ذهب ولم
يقطع اللسان ففيه الدية لان فوات منفعة العضو الذي يقصد به المنفعة كقطع
العضو الا ترى انه لا فرق بين قلع العين وذهاب ضوئها وبين قطع اليد وبين شللها
كذا ذكر القدوري رح وقال في شرح الطحاوي فان اختلف في ذهاب البصر فانه يلقى بين
يديه حية فان هرب منها علم انه لم يذهب بصره وقال محمد في الاصل في البصر ينظر اليه اهل
ذلك العلم وقال في السمع يستغفل وينادى فان اجاب علم انه لم يذهب سمعه وحكي ان
امرأة ضرب راسها فخاصمت الضارب عند القاضي وادعت ذهاب سمعها فغفل القاضي
في حال الغفلة منها استري عورتك فتخلفت فجعلت تضم ثيابها فعلم القاضي انها كاذبة

ولو

ولو كان العمد لا تجب القصاص لانه لا يمكن المماثلة بينهما لانه لا يمكن ان يضرب ضربا يذهب
السمع والعقل فتجب الدية في ماله الا في البصر فانه يجب القصاص فيه بقرب المرآة
محماة فيذهب بصره كذا في شرح الطحاوي وطريق معرفة ذهاب الشم ان يوضع بين يديه
ما له رائحة كريهة فان تنفر عن ذلك علم انه لم يذهب شمه وقال في خلاصة الفتاوى في
معرفة ذهاب الضوء البصر قال ابن مقاتل يستقبل عين الشمس مفتوحة العين ان
دمعت عينه علم ان الضوء باق وان لم يعلم بذلك يعتبر في ذلك الدعوى والانكار والقول
قول الضارب مع يمينه على البتات وذلك لانه يمين على الانكار على فعل نفسه قوله
ومحاسنه انه في دنياه ومعاده اي آخرته يعني ان الانسان لا ينتفع بنفسه في الدنيا
والآخرة الا بواسطة العقل لانه يكتسب منافع الدارين به قوله لان لكل واحد منهما منفعة
مقصودة اي من السمع والبصر والشم والذوق فلما كانت هذه الاشياء لكل واحد منها منفعة
مقصودة ليس بعضها يتبع للبعض وجب في كل منها دية كاملة بخلاف قتل النفس خطأ حيث
لا يجب فيه الا دية واحدة لان هذه الاشياء تبع للنفس قوله قال وفي اللحية اذا حلقت
فلم تنبت الدية قال القدوري في مختصره وعلمه فيه وفي الراس الدية وقال صاحب
الهداية وقال مالك وهو قول الشافعي تجب فيها حكومة عدل اي في اللحية وشعر الراس
اذا حلقا فلم ينبتا وقول احمد كقولنا وقال اصحابنا ان في شعر راس الحر الدية وكذلك
في شعر المرأة وكذلك في الحاجبين واما شعر الصدر ولحية العبد فذكر في الاصل ان فيها
حكومة وروى الحسن عن ابي حنيفة ان فيه القيمة وقال الشافعي في جميع ذلك حكومة
كذا ذكر القدوري في شرحه وجه قول مالك والشافعي انه لا يتعلق بذلك منفعة
مقصودة لان اللحية وشعر الراس زيادة في الآدمي ولهذا يحلق الراس عادة وفي بعض
البلاد يحلقون بعض اللحية ولو كان جمالا لم يحلقوا وقد يكون عدم اللحية جمالا في بعض
الاحوال واهل الجنة كلهم جرد مرد فلو كان ذلك من جملة الجمال لكان اهل الجنة اولى
به ولنا ما روى اصحابنا في كتبهم ان عليا رضي الله عنه قضى في الراس اذا حلق ولم ينبت
بكمال الدية وكذلك قضى في اللحية اذا حلقت ولم تنبت بكمال الدية وقال محمد في كتاب
الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن الهيثم بن الهيثم عن علي بن ابي طالب في الرجل يحلق لحية الرجل
فلا تنبت قال عليه الدية ولانه ازال جمالا على الكمال في اللحية فان اللحية للرجل جمال في
الرجال وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ان لله تعالى ملائكة تسبيحهم سبحان

من زين الرجال باللحى والنساء بالذوائب والدليل على ان اللحية جمال ان الرجل اذا بلغ حد
الكهولة او الشيخوخة ولم ينبت اللحية يستقبح في الاعين واعلم ان القبح في حالة الطراوة
والصغر اما في حالة الكهولة والكبر فلا شك انه يعد شينا وفي الراس اذا حلق ولم ينبت
على وجه يظهر فيه القرع يعد شينا عظيما ايضا فان القرع عيب في الناس ولهذا يتكلف
الاقرع في ستر راسه كما يتكلف بستر سائر عيوبه كذا في شرح الكافي واما اللحية العبد فقال
القدوري في شرحه ان قلنا برواية الحسن سوينا بينهما لان القيمة في العبد كالدية في
الحر وان قلنا بالرواية الاخرى فلان المقصود من العبد الخدمة وليس المقصود منه
الجمال فلذلك لم يجب كمال القيمة هو ان الجاد وقال في الاجناس نقلا عن نوادر ابي يوسف
رواية ابن سماعة في قياس قول ابي حنيفة في لحية العبد ما نقص ولو حلق بعض اللحية
ولم ينبت قال بعضهم يجب فيه حكومة العدل قال في شرح الكافي والصحيح انه يجب
فيه كل الدية لان هذا في الشين فوق ذهاب اللحية اصلا وكان ابو جعفر الهندواني يقول
في اللحية انما تجب فيها كمال الدية اذا كانت اللحية كاملة يتجمل بها واما اذا كانت طاقات متفرقة
لا يتجمل بها فلا شيء فيه ولو انها كانت غير متوفرة ولا يقع بها جمال كامل وليست مما يشين
ففيه الحكومة وذكر في المنتقى ان في لحية السقوط حكومة وان كانت خفيفة سنوطا الا الطاق
رقيقة ففيها الدية كذا ذكر القدوري في شرحه ولو حلق فنبت ابيض قال في الكافي انه
لا يجب شيء وان كان في عبد او انه اختلف مشايخنا فيه والصحيح انه يجب فيه حكومة عدل
لانه ليس بعضو مفرد بل هو تابع للحية فصار بمنزلة طرف من اطرافه كذا قال شيخ الاسلام
علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وقال في شرح الطحاوي ولو حلق راسه فنبت
ابيض والرجل شاب قال ابو حنيفة في الحر لا يجب شيء وفي العبد يجب النقصان وقالا
يجب الحكومة في الحر والعبد وقال في الواقعات في باب الديات لو ان انسانا نتف رجلا حلق
لحية رجل ان كانت اللحية متصلة او خفيفة او رقيقة او كثيفة ففيه الدية ان لم تنبت
وان كان كوسجا فعليه فيها حكومة عدل بعد ما ينتظر سنة فلم تنبت لانه ازال نوع
منفعة مقصودة وهو الجمال فان كان ذلك عمدا ففي ماله لان العاقلة لا تعقل العمد
وان كان خطأ فعلى عاقلته كما في قتل الخطأ والعمد وقال ابو الحسن الكرخي في مختصره وهذا
في الذكور والاناث سواء وقال القدوري في شرحه وانما اراد به العقل والسمع والبصر
وشعر الراس فاما اللحية فلا يتصور ان تكون للمراة الا طاقات لا تشينها قوله وفي

الشارب

الشارب حكومة عدل لو نقل الناطفي في الاجناس عن جنايات الحسن اذا حلق الشارب ولم ينبت
فيه حكومة عدل بحق له ويستوي العمد والخطأ يعني كما انه لا يجب القصاص في حلق اللحية وشعر
الراس والشارب خطأ لا يجب القصاص في ذلك اذا كان عمدا لعدم امكان المماثلة لانه لا يمكن
حلق لحية الجاني وشعر راسه وشاربه على وجه لا ينبت بل تجب الدية في اللحية وشعر
الراس وحكومة العدل في الشارب قال في تحفة الفقهاء وفي حلق اللحية والراس والحاجب
والشارب اذا لم ينبت لا يجب القصاص وروي في النوادر انه يجب وقال في خلاصة الفتاوى
ولو كان المحلوق والمنتوف مثل الخيوط لم ينبت فلا شيء عليه عند ابي حنيفة وقالا فيه حكومة
عدل وفي شعر ذنب الفرس وشعر الكتف تقوم مع الشعر وبغير الشعر فيجب ما
النقصان قوله على هذا الجمهور احترز عن رواية النوادر قوله وفي الحاجبين الدية وفي
احدهما نصف الدية هذه من مسائل المختصر يعني ان الحاجبين اذا حلقا او نتفا ولم ينبتا
تجب الدية لانه ازال الجمال على الكمال وعند الشافعي تجب حكومة العدل لانه لا يوجب الدية
في الشعر ولا يجب القصاص بلا خلاف لانه لا قصاص في الشعر قوله وفي ظاهر الكلام فيه
في العينين اي عند قوله وفي اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية قوله قال وفي العينين
الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية وفي
الانثيين الدية اي قال القدوري في مختصره وعلامة عينه وفي ثدي المراة الدية وفي كل واحد
من هذه الاشياء نصف الدية والاصل في ذلك ان كل عضو لا نظير له في البدن ففيه الدية
وقد مر ذلك وهي ثلاثة اعضاء الانف واللسان والذكر وكل ما كان في البدن اثنين ففيهما
الدية وفي احدهما نصف الدية قال الحاكم الشهيد في الكافي وفي العينين الدية كاملة وفي
احداهما نصف الدية ان انخسفت او ذهب بصرها وهي قائمة او ابيضت حتى يذهب
البصر لانه لما لم يبق البصر منتفعا فقد فات جنس منفعة مقصودة فيجب فيها الدية
كاملة وقد عرفت قبل هذا في باب القصاص فيما دون النفس ان العين اذا قورت عمدا
لا يجب فيها القصاص وانما يجب القصاص اذا ذهب بصرها قال القدوري في شرحه والاصل
في ذلك ما روي في حديث سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في العينين
الدية وفي الاذنين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الانف الدية وفي اللسان
الدية وفي الذكر الدية وفي الشفتين الدية وفي الكتاب الذي كتبه النبي صلى الله عليه
وسلم لعمرو بن حزم في النفس الدية وفي الانف الدية وفي اللسان الدية وفي العينين

الدية وفي احدهما النصف وقال الكرخي في مختصره وسواء ذهب بالجناية البصر دون السخنة
او ذهب معه الشحمة وذلك لان نصف منفعة الجفون كشف نفس العين والمقصود من الشحمة
النظر فاذا ذهب فالشحمة تابعة وقال الكرخي ايضا وسواء قطع اصابع اليد دون الكف
والكف وفيها الاصابع وكذلك الرجل لان الكف والقدم تبع للاصابع وكذلك ان قطع
الحلمة من ثدي المراة وحدها او قطع الثدي وفيه الحلمة ففيه نصف الدية لان الحلمة م
والثدي تبع وسواء كان ذلك بضربة او ضربتين اذا كان ذلك قبل البرء هكذا اورد الى هنا لفظ
الكرخي وذلك لان الجناية لا تستقر قبل البرء فاذا تبعتها الجناية الثانية قبل الاستقرار
فكانهما وقعتا معا وقال القدوري في شرحه وفي الشفتين الدية بحصنا لا اعلم خلافا في
البدن منه اثنان ففيهما كالعينين واليدين والعليا والسفلى سواء وهو قول جماعة
من الصحابة وقال زيد بن ثابت في السفلى الثلثان وفي العليا الثلث لان السفلى فيها
جمال ومنفعة لانها تحبس الريق وبقية الصحابة لم يفصلوا وقال بمثل قولنا شريح ايضا
وابراهيم وجماعة من التابعين قوله عليه السلام وفي الموضحين اشارة الى قوله ولان في تفويت
الاثنين من هذه الاشياء تفويت جنس المنفعة او كمال الجمال فيجب كمال الدية وفي تفويت
احدهما تفويت النصف فيجب نصف الدية بخلاف ثدي الرجال ففيه حكومة قال ابو الحسن الكرخي
في مختصره وفي ثدي الرجل حكومة عدل وفي احدهما نصف ذلك الحكم وفي حلمتيه حكم عدل
دون ذلك وهذا قول ابي حنيفة الى هنا لفظ الكرخي رح وذلك لان ثدي الرجل لا منفعة
فيه ولا زينة كاملة الا ترى انه ليس بظاهر ولم يتخذ زاينته فوجبت فيه الحكومة
قوله وفي حلمتي المراة الدية كاملة وفي احديهما نصف الدية وذلك لان منفعة ه
الارضاع تفوت بهما لانه اذا لم يكن لها حلمة يتعذر على الصبي التقامها عند
الارتضاع والصغيرة والكبيرة في ذلك سوا لانه يجوز حصول الانتفاع كذا في شرح الكافي
وحلمتا الثدي النابتان في طرفيه مما المراد كذا في الجمهرة قوله قال في اشفار
العينين الدية وفي احدها ربع الدية اي قال القدوري في مختصره قال الكرخي في مختصره
وفي اشفار العينين كلها الدية وفي احدها ربع الدية وفي الاثنين نصف الدية وفي
الثلاثة ثلاثة ارباع الدية هذا اذا لم ينبت الشعر وكذلك ان قطع الجفن
واللحم ومعه الشعر فهو سوا اللحم يتبع الشعر مثل الكفين والقدمين يتبع للاصابع
في اليدين والرجلين والمراة والرجل في ذلك كله سوا الا ان الذي يجب في المراة مثل

نصف

نصف ما يجب في الرجل الى هنا لفظ الكرخي رح وقال محمد في الاصل وفي اشفار العينين الدية اذا لم
تنبت وفي كل شفر ربع الدية والاشفار كلها سوا واراد محمد بالاشفار الاهداب مجازا
للمجاورة بدليل قوله اذا لم تنبت لان الشعر هو الذي ينبت لا الشفر الذي هو
موضع منابت الهدب وانما قلنا هذا دفعا لطعن بعضهم ان محمدا اخطا لانه استعمل
الشفر في مقام الهدب ومثل هذا لا يسمى غلطا لان المجاز سائغ شائع في كلام العرب
لا ينكره الا من لا مساس له من المعلوم وانما وجب في كلها الدية لان الاهداب جمالا معتبرا
وفيها منفعة دفع الاذى والقذى عن العين ثم الاشفار اربعة في البدن ففي جميعها
الدية لانه لا نظير لها في البدن فتنقسم الدية على عددها فيجب في كل واحد منها الربع
كما ينقسم الدية على اليدين وكذلك ان قطع الجفن الذي منه وفيها الشعر فهو سوا
واللحم تبع للشعر مثل القدمين والكفين مع الاصابع وذلك لان الجمال والمنفعة
بالشعر واللحم يتبع لها كالكف مع الاصابع وقال في شرح الكافي وكذلك اذا قطعت
الجفون بالاشفار لان الاشفار مع الجفون شيء واحد كالمارن مع القصبة وقال
في التحفة لو قطع الاجفان التي لا اشفار لها تجب حكومة العدل قوله ويحتمل المراد
الاهداب مجازا اي مراد القدوري في مختصره كما ذكر محمد في الاصل لا نعلم وفي اشفار العينين
الدية اذا لم تنبت واراد به الاهداب مجازا وقد مر بيانه انفا وكلام القدوري محتمل لانه
لم يقيده بقوله اذا لم تنبت فيحتمل الحقيقة والمجاز معا والحكم في الكل واحد وقال في شرح
الطحاوي ولو قطع المارن ثم الانف ان كان قبل البرء فكذلك يعني يجب الدية لا غير وان
كان بعد البرء يجب الدية في المارن والحكومة في الانف وكذلك الجفن مع الاشفار وقال
فيه ايضا وفي الاشفار اذا لم تنبت لا قصاص لانه شعر ولا قصاص في الشعر يريد انه
لا قصاص فيها في العمد بل تجب الدية قوله كالراوية للقربة وهي حقيقة في البعير قال
في الجمهرة البعير الذي يحمل عليها الماء الراوية وكذلك حتى سموا المزادة راوية بطريق
المجاز للمجاورة كما سمي المطر سماء قوله قال والاصابع كلها سوا اي قال القدوري في مختصره
وهذا مذهب علي وعبد الله بن عباس رض اصابع اليدين والرجلين سوا والصغير والكبير
سوا لاطلاق الحديث وهو ما روي في الموطا في حديث عمرو بن حزم ان النبي صلى الله
عليه وسلم قال في كل اصبع عشر من الابل ولان الاصابع سوا في اصل المنفعة وهو البطش
في اليد والمشي في الرجل والكف والقدم تابع فلا يعتبر زيادة المنفعة في البعض كاليمين

مع التسمية ولهذا قال عبد الله بن عباس رضي الله عنه هذه وهذه سواء وعند عمر رضي
الله عنه تجب الدية في الاصابع على التفاوت في الخنصر ست من الابل وفي البنصر تسع
وفي الوسطى والسبابة عشر وفي الابهام خمسة عشر كذا في شرح الكافي والصحيح
ما ذهب اليه الكل لاطلاق الحديث وقيل ان عمر رجع عن قوله لما بلغه الخبر كذا
ذكر القدوري في شرحه قوله قال وفي كل اصبع فيها ثلاث مفاصل ففي احدها ثلث دية
الاصبع وما فيها مفصلان ففي احدهما نصف دية الاصبع اي قال القدوري في مختصره
وذلك لان الدية تنقسم على عدد ما في البدن من الاعضاء التي لا تتكرر كما في هذا
ينقسم ما في اليد الواحدة من الدية وهو نصف الدية على ما فيها من الاصابع ثم ينقسم
ما يجب في كل اصبع على ما فيها من المفاصل وهو عشر الدية فيجب في احد المفصلين
نصف دية الاصبع ويجب في احدى المفصلين الثلاثة ثلث دية الاصبع اعتبارا بانقسام
دية اليدين او الرجلين على الاصابع قوله قال وفي كل سن خمس من الابل اه قال
القدوري في مختصره وتمامه فيه والاسنان والاضراس كلها سواء وكان من حق الكلام
ان يقال والاسنان كلها سواء بلا ذكر الاضراس او يقال والانياب والاضراس سواء
لان الضرس داخل تحت اسم السن لان السن تشمله والعطف يوهم المغايرة بين السن
والضرس ولهذا قال الكرخي في مختصره وفي كل سن خمس من الابل اذا اسقطت وهي في
ذلك سواء المقدم والمؤخر والاضراس والانياب والثنايا لا يختلف فقلت الى هنا
لفظ الكرخي وذلك لما روي [illegible] حديث عمرو بن حزم وفي السن خمس من
الابل وجه الاستدلال ان الحديث مطلق لم يفصل بين سن وسن فان قيل
لو قلنا بذلك يزيد على دية واحدة اذا اتلف كل الاسنان لانها في الغالب اثنان
وثلاثون سنا وفي اتلافها كلها اتلاف النفس من وجه لتفويت جنس المنفعة
لانها تصير كالهالك فيجب حكم الاتلاف من وجه لا يجوز ان يزيد على الاتلاف من كل
وجه قلنا هذا ثابت بخلاف القياس بالنص فلا يرد السؤال وقيمة كل بعير مائة
درهم الا ترى الى ما قال في شرح الطحاوي وفي كل سن نصف عشر الدية خمسمائة
درهم ومن ضرب رجلا حتى سقطت اسنانه كلها وهي اثنان وثلاثون سنا
منها عشرون ضرسا واربعة انياب واربع ثنايا واربع ضواحك كانت عليه
دية وثلاثة اخماس الدية وهي من الدراهم ستة عشر الف درهم من ذلك

في

في السنة الاولى ثلث الدية وفي الباقي في السنة الثانية فلذلك لزم الجاني في السنة
الاولى ثلث الدية الثلث من الدية الكاملة والثلث الاخر من ثلاثة اخماس الدية وعليه
في السنة الثانية ثلث الدية وما بقي من ثلاثة اخماس الدية وعليه في السنة الثالثة
ثلث الدية الكاملة وهو الباقي عليه وقال في خلاصة الفتاوى لو ضرب سن رجل
حتى تحركت او سقطت الى الحول تجب خمسمائة على العاقلة وان كان عمدا فيقتص
وقال في الفتاوى الصغرى اذا قلع سن البالغ لا يستأنى لان النبات بعد البلوغ
نادر ولو قلع سن الصبي يستأنى حولا لان الانبات للصبي معتاد ومع هذا لو قلع
سن البالغ ثم نبتت لا شيء عليه وقال صاحب خلاصة الفتاوى وفي الزيادات
وكتاب البيوع اشارة الى انه يؤجل في البالغ وفي نسخة الامام السرخسي يستأنى
حولا في الكبير الذي لا يرجى نباته في الكسر والقلع وهكذا في شرح الشافي وهكذا
في المنتقى قال ويستأنى يعني ابدا لا يؤجل وقال القدوري في شرحه وقد حكي عن بعض
الناس انه قال ارش الطواحن يزيد على ارش الضواحك وظاهر الخبر يقتضي خلاف
ذلك ثم وجوب الدية في السن في الخطأ لانه يجب القصاص في العمد وقد مر بيان
ذلك في كتاب الجنايات ولو اسود السن او اصفر يجيء بيان ذلك في فصل
بعد فصل الشجاج قوله قال ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته ففيه دية
كاملة كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوؤها بالضرب اي قال القدوري في
مختصره وذلك لان فوات منفعة العضو الذي يقصد منه تلك المنفعة كفوات
ذلك العضو فصار العضو كلها لا صحة فيجب الدية كاملة لفوات المنفعة
المقصودة وان لم يفت العضو صورة كما يجب الدية لو هلك العضو بالضرب وهذا
كما اذا ضرب يده فشلت وضرب عينيه فذهب ضوؤها او ضرب لسانه فذهب كلامه
وضرب اذنه فذهب سمعه وقوله لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لا فوات
الصورة وهو بفتح اللام اي المعنى الذي هو مناط حكم الدية هو تفويت جنس
المنفعة ولا اثر لفوات صورة العضو في ذلك ولهذا لا يلزم الدية بمجرد تفويت
الصورة اذا لم يكن معه تفويت جنس كما في لسان الاخرس وذكر الخصي والعنين
والسن السوداء والعين القائمة الذاهبة ضوؤها يجب في ذلك حكومة عدل لان

عدل لان المقصود منها المنفعة ولا منفعة في هذه الاعضاء فاذا اعادت المنفعة لم يبق الا
ارشها وصارت كما لا منفعة فيه من الاجزاء ولا يقال كما يلزم الدية بتفويت جلد اللحية
يلزم بتفويت الجمال وفي الاشياء المذكورة لتفويت الزينة فينبغي ان يلزم الدية
فيها لانا نقول الزينة تبع المنفعة في الاشياء التي تقصد منها المنفعة فلا تنفرد
الارش بحلمها ولان الزينة فيها للميت بكاملة الا ترى ان العين القائمة الذاهبة
ضوءها يتجمل بها الانسان عند من لا يعرف حالها فلما عند من يعرف حالها فلا جمال
فيها واقام بكمال الزينة ثم يكمل الارش بل وجب الحكومة فان قيل ذكر في شرح
تطويل بعضهم في شرحه في هذا المقام طويلة ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه
تجب الدية ذكره تفريعا على مسألة المختصر يعني اذا ضرب ظهر الرجل فصار به
حيث لا يقدر تجب الدية كاملة لانه فوت عليه جنس المنفعة وهو النسل وكذا
اذا ضرب ظهره فحدب فيه تجب الدية لانه ازال الجمال الذي على الكمال وهو
استواء القامة فلو زالت الحدوبة وعاد الى حاله ولم يبق اثر الضرب لا شيء عليه
ولو بقي اثر الضربة بعد زوال الحدوبة يلزم فيه حكم عدل لانه زال المعنى الذي
تجب به كل الدية كذا في شرح الكافي فصل في الشجاج لما كان الشجاج مما دون
النفس ذكرها عقيبها ولكن ذكر في فصل على حدة لكثرة اساميها واختلاف احكامها
لان في بعضها القصاص ان كان عمدا وفي بعضها الديات وفي بعضها حكومة عدل
وسيجيء بيان ذلك بعد هذا قوله قال الشجاج عشرة اي قال القدوري في مختصره
وهي الحارصة بالحاء والصاد المهملتين ثم الدامعة بالعين المهملة ثم الدامية ثم
الباضعة ثم المتلاحمة ثم السمحاق ثم الموضحة ثم الهاشمة ثم المنقلة ثم الامة
قال القدوري في شرحه الشجاج منها الحارصة وهي التي تشق الجلد ومنه قولهم
حرص القصار الثوب اذا خرقه في الدق وبعدها الدامعة وهي التي تخرج منها
ما يشبه الدمع وبعدها الدامية وهي التي يخرج منها الدم وبعدها الباضعة
وهي التي تبضع اللحم اي تقطعه وبعدها المتلاحمة وهي التي تذهب في اللحم
اكثر مما تذهب الباضعة هكذا روي عن ابي يوسف وقال محمد المتلاحمة قبل
الباضعة وهي التي يتلاحم فيها الدم ويسود وبعدها السمحاق وهي التي تصل

الى

الى الجلدة رقيقة فوق العظم وتلك الجلدة تسمى السمحاق فوصفه قيل للجلد الرقيق سمحاق
ثم الموضحة وهي التي توضح العظم ثم الهاشمة وهي التي تهشم العظم ثم المنقلة وهي
التي تخرج منها العظم ان تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله من موضع الى موضع ثم الامة
وهي التي تصل الى ام الدماغ وهي جلدة تحت العظم فوق الدماغ ثم الدامغة وهي التي
تخرج الجلدة وتصل الى الدماغ قال القدوري فهذه احدى عشر شجة ثم لم يذكر فيها
محمد الحارصة ولا الدامغة لان الحارصة لا يبقى لها اثر في الغالب والشجة التي
لا اثر لها في الغالب لا حكم لها ولم يذكر الدامغة لان الانسان لا يعيش معها فلا
معنى لاثبات حكم الشجاج فيها وما سوى ذلك فالحكم فيه مختلف فان كان عمدا ففي
الموضحة القصاص في قولهم لانه يمكن استيفاء القصاص فيها لانه ينتهي الى العظم
واذا امكن استيفاء المماثلة وجب وما بعد الموضحة لا قصاص فيه في قولهم
لانه لا يمكن استيفاء المماثلة الا ترى ان الهاشمة تكسر العظم واذا انكسر العظم
لم نعلم الى ان تنتهي الى المستحق وكذلك المنقلة واما الامة فلانا لا نأمن ان تنتهي بها
الى الدماغ واذا تعذرت المماثلة سقط القصاص واما ما قبل الموضحة
فذكر محمد في الاصل ان فيه القصاص وروى الحسن عن ابي حنيفة ان لا قصاص
الا في الموضحة وجه رواية الحسن ان ما دون الموضحة لا حد فيه ينتهي السكين
اليه فلا يمكن المماثلة وجه رواية الاصل انه يمكن تقدير غور الجراحة بمسبار ثم
يتخذ حديدة فليستوفى في مثلها واما اذا كانت خطأ سقط القصاص فيها على الكل
الروايتين فيما قبل الموضحة وعلى الروايات كلها فيما بعدها وفيما قبل الموضحة
حكم عدل وقد روي عن عمر بن عبد العزيز انه قال ما قبل الموضحة خدوش فيها
حكم عدل وكذلك عن النخعي وقال الشعبي ما دون الموضحة فيها اجرة الطبيب
لانه لم يرد في الشرع لذلك ارش مقدر فوجب فيه ارش النقصان كذا ذكر القدوري
في شرحه قوله قال ففي الموضحة القصاص ان كانت عمدا اي قال القدوري في مختصره
وذلك لانه يمكن فيها المماثلة فصار كقطع اليد من المفصل قوله قال ولا قصاص
في بقية الشجاج اي قال القدوري في مختصره وذلك لتعذر امكان المماثلة وقد ذكرنا
قبل هذا اختلاف الروايتين في وجوب القصاص فيما قبل الموضحة والذي اختاره

القدوری هو روایة الحسن قوله وقال محمد فی الاصل وهو ظاهر
الروایة یجب القصاص فیما قبل الموضحة ای قبل الموضحة ذکرا ودونه
الموضحة اثرا وشجا وهی ما ذکر فی باب الاصل ان فی موضحة الوجه
والراس والدامیة والدامعة والباضعة والمتلاحمة والسمحاق
قصاصا فی العمد واما فی الهاشمة والمنقلة والامة لا قصاص ذکره
فی باب الاصل ونقل الاجناس عن نوادر ابن رستم قال محمد القصاص
وجب فی الهاشمة لان الراس صلب ولا قصاص فی السمحاق لانه
لا یستطاع الوقف عندها وفرق بینهما بهذا وانفقت الروایة
فی وجوب القصاص فی الموضحة وسقوطها فی الامة الی هنا لفظه
الاجناس قوله فلیسبر غورها عسبا ریقال سبرت الجرح اسبره
اذا نظرت ما غوره والمسبار ما یسبر به الجرح والسبار مثله
وکل امر رزته فقد سبرته واستبرته کذا فی الصحاح قوله
قال وفی الموضحة حکمة عدل ای فیما دون الموضحة من حیث الاثر
وقبل الموضحة من حیث الذکر وهی من الحارصة الی السمحاق هذا
علی روایة الحسن لانه لا قصاص فی غیر الموضحة علی تلک الروایة
بخلاف روایة الاصل حیث یجب القصاص فیما قبل الموضحة
فلما لم یجب القصاص علی تلک الروایة قال یجب فیها حکومة
عدل فیما قبل الموضحة کذا روی عن ابراهیم النخعی وعمر بن
عبد العزیز وقد مر انفا قوله قال وفی الموضحة ان کانت
خطا نصف عشر الدیة وفی الهاشمة عشر الدیة وفی المنقلة
عشر الدیة ونصف عشر وفی الامة ثلث الدیة وفی الجایفة
ثلث الدیة فان نفذت کما جانبهما ان ففیها ثلثا الدیة ای
قال القدوری فی مختصره وانما حبد الموضحة بالخطا لان فیها
القصاص اذا کانت عمدا وانما یقتص بعد البرء وان اقتص قبل

البرء

البرء ثم برات موضحة المقتص له ثم یقول اثر یجب علیه ارش
الموضحة للمقتص منه کما اذا قلع سن انسان فاقتص له
منه ثم نبتت سن المقتص له فانه یجب علیه ارش سن المقتص
منه ولم یقید بها فوق الموضحة بالخطا لانه لا قصاص
فی الهاشمة ونحوها فی العمد ویجب فیها الدیة مطلقا ثم
فی الموضحة یجب نصف عشر الدیة خمسمایة درهم فی الرجل ومایتان
وخمسون فی المراة ویجب ذلک علی العاقلة وفی الهاشمة عشر
الدیة وهو الف درهم وفی المنقلة عشر الدیة ونصف عشر الدیة
الف وخمسمایة درهم وفی الامة ثلث الدیة وهو ثلاثة الاف درهم
وثلثمایة درهم وثلاثة وثلاثون درهما وثلث ومن الابل ثلاثة
وثلاثون بعیرا وثلث او قیمة ذلک من الذهب وقال المبرد فی
کتاب الکامل وبعض العرب یسمیها المامومة ثم ینبغی لک ان تعرف
ان ما کان ارشه نصف عشر الدیة الی ثلثها فی الرجل والمراة فی الخطا
فهو علی العاقلة فی سنة لان عمر قضی بالدیة علی العاقلة فی ثلاث
سنین فکلما وجب به ثلث الدیة فهو فی سنة کما یلزم العاقلة
فی السنة الاولی فما زاد علی ثلث الدیة فثلث الدیة فی سنة
والزیادة فی سنة اخری لان الزیادة علی الثلث من جملة ما
یلزم العاقلة فی السنة الثانیة من الدیة فکذلک ان القدر
وما زاد علی الثلثین فالثلثان فی سنتین وما زاد علی ذلک فی هذه
السنة الثالثة قیاسا علی ما یلزم العاقلة فی السنة الثالثة
وما کان دون نصف عشر الدیة او کان ذلک عمدا فهو فی مال
الجانی ولا یجب علی العاقلة قال القدوری فی شرحه والاصل
فی هذا ما روی فی کتاب عمرو بن حزم ان النبی صلی الله علیه
وسلم قال وفی الموضحة خمس من الابل وفی الهاشمة عشر
وفی المنقلة خمس عشر وفی الامة ثلث الدیة وروی عن النبی

صلى الله عليه وسلم انه قال في الجائفة ثلث الدية وقد روي عن
ابي بكر الصديق انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الاخر بثلثي
الدية وهذا بحضرة الصحابة من غير خلاف كذا في شرح القدوري
قوله مروي عن ابي يوسف اي في الاملاء قوله وهذا اختلاف
عبارة لا يعود الى معنى وحكم اي الذي روي عن محمد ان المتلاحمة
قبل الباضعة والذي روي عن ابي يوسف ان الباضعة قبل
المتلاحمة اختلاف في الاسم لا في المعنى والحكم لان محمد الاعتبر ان
يكون الشجة التي ذهبت في اللحم اكثر بعد ارشهما وكذلك ابو
يوسف لا يمتنع ان تكون الشجة التي قبل الباضعة اقل منهما
ارشا وانما الخلاف في الاسم قال محمد المتلاحمة ماخوذة من
الالتحام بعد الالتحام يقال التحما اذا التحما وقال ابو يوسف الصواب
ماخوذة من الذهاب في اللحم كذا ذكر القدوري في شرحه قوله
وبعدها شجة اخرى تسمى الدامغة اي بالغين المعجمة وقد
ذكرها القدوري ولم يذكرها محمد في الاصل لان الشجة اذا بلغت
الدماغ افضت الى القتل غالبا فلا تنفرد الشجة بعد الافضاء الى القتل
بحكم على حدة فهو ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والراس لغة فذكر
قبل هذا حكم الشجاج فلان يذكر مواضع الشجاج قال القدوري
في شرحه ان الشجاج عندنا يختص بالراس والوجه فاذا كانت في الوجه
في مواضع العظم مثل الجبهة والوجنتين والذقن يتصور فيها الموضحة
وما فوقها وما بعدها وقال الليث يثبت حكم هذه الشجاج في كل البدن
وهذا الذي قاله ان رجع فيه الى اللغة فهو غلط لان العرب تسمى ما كان
منه في الراس والوجه شجة وما كان في البدن جراحة وان كان يرجع
الى الحكم لم يصح لان هذه الشجاج يثبت حكمها للشين الذي يلحقه
ببقاء اثرها الا ترى انها لو التحمت فلم يبق لها اثر لم يجب لها ارش
والشين انما يكون فيما يظهر من البدن من الوجه والراس وما سواهما
يبقى

يبقى في العادة فلا يلحق فيه الشين كما يلحق في الراس والوجه وقد
قال محمد انه روي عن عمر بن علي انه قال في السمحاق اربع من الابل
قال القدوري وهذا على وجه الحكومة لا على تقدير قوله والحكم
مرتب على الحقيقة اي حكم الشجاج يثبت في الوجه والراس على ما هو
حقيقة اللغة لان في اللغة تسمى الشجة ما كان في الوجه والراس
لا مرو في غيرهما لا يجب المقدر فيهما بل تجب حكومة العدل قوله
في الصحيح احتراز عن قول الليث وقد مر انفا قوله واما اللحيان فقد
قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك قال صاحب الذخيرة والذقن
من الوجه بلا خلاف والعظم الذي تحت الذقن وهو اللحيان من
الوجه عندنا حتى لو وجدت الشجاج الثلاث الموضحة والهاشمة
والمنقلة في اللحيين كان لها ارش مقدر عندنا خلافا لمالك هو
قوله وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الراس او جوف
البطن ولنا نظر في قوله جوف الراس لان ذلك لا يسمى جائفة الا ترى
الى ما قال في الاجناس اما الجائفة فهي ضربة في البطن ولم تنفذ من
ورائه فان كان عمدا ففي ماله ثلث الدية ولا قصاص في الجائفة
وان نفذت من ورائه ففيهما ثلثا الدية ان كان عمدا ففي ماله وان
كان خطأ فعلى عاقلته ذكره في ديات الاصل والجائفة تكون ما بين
اللبة والعانة ولا تكون فوق الذقن ولا تكون ما تحت العانة
بين الفخذين والرجلين الى هنا لفظ الاجناس وقال الكرخي في مختصره
ولا تكون الجائفة في الرقبة ولا في الحلق ولا تكون الا فيما يصل الى الجوف
من الصدر او الظهر او البطن والجنبين وكل ما وصل الى الفم ففيه
حكومة عدل وليس بجائفة ولا تكون في اليدين ولا في الرجلين وان
كان بين الانثيين والدبر حتى يصل الى الجوف فهي جائفة الى هنا لفظ
الكرخي والجائفة في اللغة الطعنة التي تبلغ الجوف وجوف كل شيء
داخله ثم في الشجاج كلها اذا برأت ولم يبق لها اثر لا يجب شيء في العمد

والخطا الاروا ية عن ابي يوسف انه قال يجب مقدار اجر الطبيب كذا في
شرح الطحاوي والمتاد اذا ابقي لهما اثرا لجد البرء ففي الخطا في الموضحة
وما فوقها ارش مقدر قد ذكرناها وفيما قبلها حكومة عدل واما في العمد
فلا يجب القصاص الا في الموضحة وفيما قبلها حكومة عدل وفيما فوقها الاروش
قوله وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي قال القدوري في شرح
مختصر الكرخي واختلف اصحابنا المتاخرون في كيفية الحكومة قال الطحاوي
يقوم الحر ان لو كان عبدا وهو صحيح ويقوم وبه هذه الشجة فما نقص بين
القيمتين كان ارشها من دية الحر وقال ابو الحسن الكرخي يقدر من الشجة
التي لها ارش مقدر بالحزر والظن وجه ما قاله الطحاوي ان الحر لا يمكن
تقويمه والقيمة في العبد كالدية في الحر فوجب ان ينقص من دية الحر ما بين
القيمتين في العبد وكان ابو الحسن ينكر هذا ويقول هذا يودي الى ان يجب
في قليل الشجاج اكثر مما يجب في كثيرها لانه يجوز ان يكون نقصان الشجة
التي هي السمحاق في العبد اكثر من نصف عشر قيمته فاذا اوجبنا مثل ذلك
من دية الحر اوجبنا في السمحاق اكثر مما نوجب في الموضحة وهذا لا يصح كذا في
شرح القدوري وتفسير قول الطحاوي انه لو كان قيمته بلا شجة الفا ومع
الشجة تسعمائة كان النقصان عشر القيمة فينقص من الدية عشرها وتفسير
قول الكرخي ان يقاس هذه الشجة وهي الباضعة مثلا بالموضحة التي لها ارش
معلوم فان كانت ربعها يجب ربع ارش الموضحة وان كانت نصفها يجب نصف
ارش الموضحة فقس على هذا وما يجب فيه الحكومة ذكره الكرخي في باب على
حدة قال قال ابن سماعة عن ابي يوسف في الضلع اذا كسر حكم عدل وكذلك
الترقوة وكذلك كسر كل عظم فيه حكم عدل على قدر ما يرى الحاكم بعد نظر ذوي
عدل من اطبا الجراحات ومن يبصر الكسر وقال في الامثل في الف الرجل اذا
كسر حكومة الى هنا لفظ الكرخي وفيه بعض تطويل وحاصله اورده صاحب
التحفة فقال وكذا في ثدي الرجل وحلمة ثديه حكومة وفي لسان الاخرس
وذكر الخصي والعنين والعين القائمة الذاهبة نورها والسن السوداء

واليد

واليد الشلاء والذكر المقطوع الحشفة والكف المقطوعة الاصابع وكسر
الظفر وقلعه بحيث لا ينبت او ينبت مع العيب واما الطفل ففي لسانه
حكومة العدل ما لم يتكلم وفي يده ورجله وذكره اذا كان يحرك مثل الكبير
وفي المارن والاذن المفقود هو الجمال ففيه حكم الكبير وفي الحاجبين اذا
وجد ما يستدل به على البصر كالكبير وفي حلق راس الشاب ينبت ابيض
على قول ابي حنيفة لا يجب شي اذا كان حرا لان الشيب للين يجب
وان كان عبدا يجب ما نقصه وقال ابو يوسف تجب حكومة العدل فيهما
وفي ثدي المراة المقطوع عنه الحلمة والانف المقطوع عنه الارنبة والحجل الذي
لا اشفار له حكومة العدل كذا في التحفة فصل وحق هذا
الفصل ان يترجم بفصل في حسابه منفرقة لان كل مسئلة منها في باب على حدة
في مختصر الكرخي قوله وفي اصابع اليد نصف الدية هذا لفظ القدوري
في مختصره وتمامه فيه فان قطعها مع الكف ايضا ففيهما نصف الدية فان قطعها
مع نصف الساعد ففي الكف والاصابع نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل الى هنا لفظ
الكرخي لمختصره وذلك لما روينا قبل فصل الشجاج في حديث عمرو بن حزم في كل اصبع عشر من
الابل وهي عشر الدية يكون في اصابع اليد الواحدة اذا قطعت خطا نصف الدية لان
فيها خمس اصابع ولان في قطع اصابع اليدين تجب دية كاملة لتفويت جنس المنفعة
على الكمال واصابع اليدين عشرة فينقسم الدية عليها فتكون في اصابع اليد الواحدة
وهي نصف جميع الاصابع نصف الدية فان قطعها مع الكف ففيه ايضا نصف الدية لما
روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في اليدين الدية وفي احداهما نصف الدية ولان
المقصود من اليد منفعة البطش وذلك بالاصابع فكان الكف تبعا فلم يفرد بحكم
على حدة قال الكرخي في مختصره فان قطع اليد من الذراع من المفصل خطا ففي الكف
والاصابع نصف الدية وفي الذراع حكومة وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال
ابو يوسف فيه نصف الدية والذراع تبع وكذلك لو قطع اليد من العضد او الرجل من الفخذ
ففيه نصف الدية وما فوق القدم عنده تبع للقدم وما فوق

نوق الكف تبع للكف وهو قول ابن ابي ليلى وقال ابو حنيفة ومحمد لا تتبع الاصابع الا الكف حسب
وكذلك اصابع الرجل لا يتبعها الا القدم حسب ولا يتبع المتعلق بالتبع التبع وهي رواية محمد عن ابي
يوسف في الكف والذراع وروى ابن سماعة وبشر وعلي بن الجعد قالوا سمعنا ابا يوسف قال اذا
قطعت الكف من المفصل او قطعت اليد من المرفق او فوق ذلك ما بينها وبين المنكب فان
في ذلك نصف الدية في قول ابي يوسف وابن ابي ليلى وقال ابو حنيفة خلاف ذلك قال في الكف نصف
الدية وما زاد فحكم عدل على مقدار الزيادة وكذلك هذا في الرجل في قول ابي حنيفة ما زاد على مفصل القدم
ففي الزيادة حكم عدل الى هنا لفظ الكرخي وجه قول ابي يوسف قول النبي صلى الله عليه وسلم وفي اليدين
الدية وفي احدهما نصف الدية واليد عبارة عن العضو الى المنكب ولان ما ليس له ارش مقدر اذا
اتصل بما له ارش مقدر يتبعه في الارش كالكف وجه قولهما ان الدية انما تجب في الاصابع والكف تبع
بدلالة انه لو انفردت الاصابع بالقطع وجب نصف الدية ولو قطعها مع الكف وجب نصف الدية
ايضا ثم لا يجوز ان تكون الذراع تبعا للاصابع او الكف فلا يجوز ان تتبع الاصابع لانه يفصل بينهما
عضو فلا يكون تبعا كما لا تكون الشجة تبعا للاصابع ولا يجوز ان تتبع الكف لانها تبع في نفسها فلا يثبت
له تبع قوله على ما روينا اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام في كل اصبع عشر من الابل في فصل ما
دون النفس قوله وهو الموجب على ما مر اي الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت صورة
الآلة على ما مر في فصل ما دون النفس قوله قال وان قطع الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة
ففيها عشر من الابل الدية وان كان اصبعان فخمس الدية وليس فيما بقي من الكف شيء فان لم يكن فيها
اصبع كان فيها حكم عدل وقال ابو يوسف ومحمد ينظر الى ارش الاصبع وارش الكف يختار اصبع فيدخل
القليل في الكثير ويوجب عليه اكثرهما الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير ومعنى قوله فخمس الدية اي من الدية
ومعنى قوله ينظر الى ارش الكف اي الى حكومة العدل في الكف وبه صرح في المختلف قال الكرخي في مختصره
اذا قطعت اليد وفيها اصبع واحدة فعليه دية الاصبع وليس عليه في الكف شيء وكذلك اذا كان فيها اثنتان
او ثلاث او اربع ففي ذلك دية الاصابع ولا شيء في الكف وهي تبع للاصابع وهذا قول ابي حنيفة
وقال بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة اذا بقي شيء له ارش معلوم دخلت الكف فيه فيكون قياس قوله
اذا بقي ثلاث اصابع يعني مفصلا من اصبع فيها ثلاث مفاصل فقطع الثاني ما بقي من الكف ففيه ثلث خمس
دية اليد وقال في الجامع الاصل اذا قطعت الكف بالاصبعين ففيهما خمسا دية اليد وهذا قول ابي
ما بقي من الاصابع شيء ولو مفصل واحد وقال بشر وعلي بن الجعد وابن سماعة عن يعقوب اذا بقي نصف الابهام

[illegible] الا الكف الذي اي عند ابي حنيفة وعند [illegible] وبه في الكف ولا شيء [illegible] فالجنس [illegible] الصغير وصورته [illegible]
[illegible] اصبع [illegible] الكف وان كان فيه اصبع [illegible] الاصابع واصبع [illegible]

ان على قياس قول ابي حنيفة ينظر الى ما بقي من الكف والى دية نصف الابهام فايهما كان اكثر لزم ودخل
القليل في الكثير وقال في الجامع الاصل عن نفسه وعن ابي يوسف انه ينظر الى الكف والى ارش ما بقي من الاصابع فيدخل
القليل في الكثير وكذلك ذكر في رواية الجامع الصغير الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله تعالى وقال القدوري في كتاب
التقريب وقال زفر يجب عليه ارش الاصبع وحكومة فيما يلي الاربع اصابع من الكف وذكر ابن شجاع عنه
ان بقي من الكف ثلاث اصابع دخل الكف معها كذا في التقريب وجملة هذا ما ذكره القدوري في شرح مختصر
الكرخي انه اذا قطع الكف وفيها ثلاث اصابع فصاعدا وجب ارش الاصابع وسقط ارش الكف
في قولهم لان بقاء اكثر الاصابع كبقاء جميعها وان كان في الكف اقل من ثلاث اصابع وجب ارش ما بقي
منها وان كان مفصل واحد عند ابي حنيفة وقال في الرواية المشهورة يدخل القليل في الكثير ايهما كان
وجه قول ابي حنيفة ان ما بقي من الاصابع له ارش مقدر والكف ليس لها ارش مقدر وهي متصلة
بها فتتبعها في ارشها كما تتبع جميع الاصابع ونظير هذا ما قالوا في اهل الخطة ما بقي منهم واحد
فالقسامة عليهم دون المشترين وكذلك قالوا في الوصية لولد فلان ما بقي له من ولد من صلبه
وان كان واحدا لم يدخل ولد الولد في الوصية وجه قولهما ان الاقل يتبع الاكثر والاكثر لا يتبع الاقل
فوجب ان يلزمه الاكبر ويدخل الاقل على طريق التبع فاما الذي ذكره من رواية ابن سماعة وعلي
ابن الجعد وبشر بن الوليد ان قياس قول ابي حنيفة في نصف الابهام اذا قطعت مع الكف ان يدخل
القليل في الكثير فليس بصحيح والظاهر من قوله ما حكاه قبل ذلك عن بشر بن الوليد عن ابي يوسف ان الكف
يتبع ثلث الاصبع لان له ارشا مقدرا وجه ما ذكره ابن سماعة من اعتبار الاكثر ان المفصل
ليس له ارش مقدر بنفسه فضعف حكمه والاصبع ارشها مقدر بنفسها وقد كان قول ابي يوسف
الاول ان ارش الاصابع اذا كان اقل من ارش الكف وجب ارش الكف والاصابع واذا كان
ارش الاصابع اكثر دخل الكف فيه وجه ذلك ان الاصابع اذا كان ارشها اكثر تعدد قوي حكمها
بالتقدير وبالكثرة فيتبعها الكف بالكثرة وقوية الاصابع بالتقدير فلا يتبع احدهما الآخر
وروى عنه ان ما يلي الاصابع مما بقي من الكف يدخل في ارشها ويجب فيما بقي من الكف حكومة
لان الكف كلها لو كانت باقية دخل الكف معها على طريق التبع ولو كانت كلها ذاهبة كان ارش الكف
فاذا ذهب بعضها وبقي بعضها تبع الباقي ما يليه وانفرد حكم باقي الكف بنفسه وقال ابو يوسف
اذا قطع الكف والاصابع فيها فان فيها حكومة ولا يبلغ بها ارش اصبع لان الاصابع تبع الكف
والتبع لا يساوي المتبوع في الارش كذا ذكر القدوري في شرحه قوله ويدخل القليل في الكثير

لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل شي واحد بيانه ان الجمع بين ارش الاصبع وارش الكف
بلا اصبع ممتنع لان ضمان الاصابع هو ضمان الكف وضمان الكف هو ضمان الاصابع فكانا شيا
واحدا فلم يكن لكل واحد حكم على حدة وابطال احدهما ليس بمستقيم لان كل واحد منهما اصل من وجه
الاصابع باعتبار منفعة البطش والكف باعتبار ان الاصابع قائمة بها فوجب الترجيح بالكثرة فما بها
كان اكثر لزم ذلك ولان الجنايتين اذا اجتمعتا في موضع واحد دخل القليل في الكثير الا ترى ان رجلا
لو شج راس رجل موضحة فتناثر بعض شعره فانها كان الاكثر من الموضحة وتناثر الشعر يجب عليه ذلك
فكذلك هنا ولنا نظر في هذا التعليل لانا لا نسلم ان ضمان كل واحد منهما هو ضمان الاخر لان ضمان
الاصبع عشر الدية وهو مقدر وضمان الكف ليس بمقدر بل فيه الحكومة وله ان الاصابع اصل
والكف تابع حقيقة وشرعا اما الحقيقة فلان منفعة الكف هو البطش والقبض والبسط قائمة
بالاصابع واما الشرع فلان النبي صلى الله عليه وسلم اوجب في كل اصبع عشرا من الابل وقدرها بها
ولم يقدر ضمان الكف فكان الترجيح من حيث العصة اي الذات ومن حيث الحكم اي الشرع احق من
الترجيح بمقدار الواجب وهو الكثرة لانه ترجيح بالحال فاذا كانت الاصابع اصلا والكف تبعا لا
يظهر حكم التبع ما بقي شي من الاصيل لان الاصل اصل وان قل فيستتبع الفرع وان جل وليس هذا
كالشعر مع الشجة لان احدهما ليس بتبع للاخر والكف تبع للاصابع قوله قال وفي الاصبع الزائدة
حكومة عدل وذلك لانه لا منفعة فيها ولا زينة ولم يقدرها الشرع ارشا مقدرا فوجب الرجوع
الى حكومة العدل تحطيما للادمي لانه جزء منه وقال القدوري في كتاب التقريب روى بشر عن ابي يوسف
عن ابي حنيفة في رجل قطع من رجل اصبعا زائدة وفي يد القاطع اصبع زائدة لم يكن بينهما قصاص
وكذلك المقطوعا اليدين قطع احدهما ساعد صاحبه من المرفق وكذلك روى الحسن عن ابي حنيفة
في الاقطعين والاشلين سواء كان القاطع اقلهما شللا او اكثر قال الحسن وهو قول ابي يوسف
وقال بشر عن ابي يوسف ان كانا سواء اقتصصت وقال زفر ان كانا سواء اقتصصت
فان كان القاطع اشدهما شللا فالمقطوع بالخيار وان كان المقطوع اشدهما شللا فلا
قصاص لابي حنيفة ان القطع والشلل يوهن اليد فلا تعلم المساواة بين العضوين الا من
طريق الاجتهاد فلا يجب فيه قصاص كاليدين فاما الاصبع الزائدة فانها ناقصة القوة
عن الاصابع الاصلية وقد تتفاضلا النقصان فيها فلا تعلم المساواة الا من طريق الاجتهاد وجه قول زفر
واحدى الروايتين عن ابي يوسف ان النقص قد يعلم فيما بين اليدين الناقصتين الا ترى انها تقوم

بايجاب الارش فكذلك تقوم لتعلم المساواة كذا في التقريب قوله وكذلك السن الشاغية اي الزائدة
يقال شغيت اسنانه اذا اختلفت نبتتها وتراكبت وقيل الشغو ان تقع الاسنان العليا على السفلى ورجل
اشغى وامراة شغواء ومنه سميت العقاب شغواء لان مقدم منقارها مطبق على الاخر قوله لما قلنا اشارة
الى قوله لانه جزء من يده يعني كما ان الاصبع الزائدة جزء المجني عليه فكذلك السن الشاغية جزء منه
فتجب الحكومة فكذا هنا قوله وفي عين الصبي ولسانه وذكره اذا لم تعلم صحته حكومة عدل
هذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب الهداية وقال الشافعي تجب دية كاملة قال القدوري
في شرحه واما العينان فكل شي يستدل به على بصرها فهي مثل عين الكبير والبصير واما اللسان
ففيه حكومة عدل الى ان تجب دية اللسان حتى يتكلم الصبي وذلك لان المقصود من هذه المنفعة فاذا
لم تعلم صحتها لا يجب فيها ارش كامل وقد يعلم ذلك في الذكر بالحركة وفي اللسان بالكلام وفي
العين بما يستدل به على النظر فمتى وجد ذلك تبين انه اتلف منفعة العضو كاملة فيجب الارش
كاملا واذا لم يوجد ذلك فلا تعلم الصحة فلا يلزمه الارش الكامل بالشك ولا يقال ان الاصل الصحة
لان هذا ظاهر والظاهر لا يستحق به حق على الغير ولان هذا الظاهر يقابله مثله وهو ان الاصل براءة
ذمة الجاني وقال الكرخي في مختصره في سن الصبي اذا لم يثغر ولم ينبت ففيها دية كاملة وذلك لان فوت
عليه
المنفعة الكاملة لانه لا منفعة في السن الا ان تكون موجودة صحيحة فالصغير والكبير في ذلك سواء
وانما سقط عنه الارش في الصغير لعود السن واذا لم تعد صار كالكبير قوله والظاهر لا يصلح حجة
للالزام قيد به لان الظاهر اذا لم يكن فيه الزام الغير يعتبر كما في اصبع احد ابويه مسلم
اعتق عن كفارة القتل جاز لان الظاهر منه سلامة الاعضاء وقد مر ذلك في اول كتاب الديات
قوله والاذن الشاخصة اي المرتفعة من شخص بالفتح شخوصا قال في الجمهرة شخص من
مكان الى مكان اذا سار في ارتفاع قوله وكذلك لو استهل الصبي يعني تكون في لسان الصبي
حكومة عدل ما لم يتكلم وان استهل لان استهلال الصبي وهو رفع الصوت بالبكاء لا يدل على
صحة اللسان لان ذلك مجرد صوت قوله قال ومن شج رجلا فذهب عقله او شعر راسه دخل
ارش الموضحة في الدية اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان ذهب سمعه او بصره او
كلامه فعليه ارش الموضحة مع الدية قال الكرخي في مختصره ولو ان رجلا شج رجلا فذهب من ذلك
بصره او سمعه او كلامه او شعره فلم ينبت او عقله فان ابا حنيفة قال عليه الدية في ذهاب شعره
وعقله ولا شي عليه في الموضحة يدخل ارش الموضحة في غير هذين ويكون في السمع او البصر او الكلام

كذا ذكر قال ابو يوسف
الا اذا ذهب بالشجة ارش الشجة والدية وكذا ذكر قال محمد مثل قول ابي حنيفة
في احدى الروايتين عنه وهي الرواية الاولى وروى ذكر في الاملاء عن بشر بن الوليد وعلي بن الجعد
وروى عنه الحسن بن زياد ان الشجة تدخل في دية السمع وقال في الجوامع يدخل في السمع والكلام
ولا يدخل في البصر خاصة لان البصر ظاهر وقال الحسن بن زياد لا يدخل في ذلك ارش الشجة الا في الشعر
خاصة وقال زفر لا يدخل ارش الشجة في شي من ذلك شعر ولا غيره الى هنا لفظ الكرخي اما اذا اوضحه
فذهب شعره ولم ينبت فعليه الدية وسقط ارش الموضحة وذكر لان ارش الموضحة يجب لفوات جزء
من الشعر الا ترى ان الشعر لو نبت سقط ارشها والدية وجبت لفوات الشعر وقد تعلقا جميعا
بسبب واحد وهو فوات الشعر فيدخل الجزء في الجملة كمن قطع اصبع رجل فشلت به وجه قول
زفر ان الموضحة والشعر كل واحد منهما جناية فيما دون النفس فلا يدخل احدهما في الاخر كسائر الجنايات
واما اذا ذهب العقل فوجه قولهم ان منفعة العقل تتعلق بجميع البدن فاذا فات فاتت
المنفعة من جميع الاعضا الا ترى ان افعال المجنون لا يترتب كافعال البهائم فصار كمن اوضح
رجلا فمات فلما كان الموت يبطل جميع المنافع دخل الموضحة فيه فكذا العقل وجه قول الحسن
ان الموضحة والعقل جنايتان اختلف محلهما والمقصود بهما فلم تدخل احدهما في الاخرى كارش اليدين
وكالموضحة والسمع وليس كذلك الشعر والموضحة لانهما يتعلقان بسبب واحد وهو فوات الجمال
بذهاب الشعر واما اذا ذهب السمع والبصر والكلام فوجه قول ابي حنيفة ومحمد ان منفعة
كل واحد من هذه الاشيا تختص به خاصة ولا تتعدى الى غيره فلا يدخل بعضه في بعض كالاعضا
المختلفة وليس كذلك الشعر والموضحة لانهما يتعلقان بالعقل لان منفعته لا تختص به خاصة ولا
~~تتعدى الى غيره فلا~~ وانما تعود الى جميع الاعضا فصار كالروح وقد قدمنا ما روي عن عمر رضي الله عنه
انه قضى في شجة واحدة باربع ديات وجه قول ابي يوسف ان السمع والكلام كل واحد منهما
باطن فيدخل ارش الموضحة في ديته كالعقل وليس كذلك البصر لانه ظاهر كاليد والرجل قال القدوري
وهذا الفرق الذي قاله ابو يوسف يبطل بالشعر لانه ظاهر وقد دخل ارش الموضحة فيه فان قيل
اذا وجبت بالسمع دية وبالبصر دية وبالكلام دية ولو ادت الشجة الى الموت لم تجب الا دية
واحدة والموت اعظم من ذلك قيل الموت فوات الجملة وهذه الاشيا تتبع الجملة فيدخل
التبع في المتبوع فاذا لم يمت فكل واحد من هذه المعاني غير تابع للاخر فلا يدخل في ارشه قال
القدوري فان قيل يعلم ذهاب السمع والشم والبصر قيل له قد يعرف ذلك باعتراف الجاني وتصديقه

للجني

٣٠٩

للجني عليه او بنكوله عن اليمين وغير ذلك من الوجوه في معرفة ذلك مر في اول فصل فيما دون النفس
قوله لو نبت يسقط اي لو نبت الشعر في موضع الشجة تسقط الارش قوله تعلقا بسبب واحد اي
تعلق ارش الموضحة والدية جميعا بسبب واحد على ما بينا اشار الى قوله لان بفوات العقل يبطل
منفعة جميع الاعضا قوله وجه الثاني ان اديه قوله وعن ابي يوسف ان الشجة تدخل في دية
السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر قوله وفي الجامع الصغير ومن شج رجلا موضحة فذهبت
عيناه فلا قصاص في ذلك وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يشج الرجل موضحة
فتذهب عيناه قال لا قصاص في شي من هذا وقال ابو يوسف ومحمد يقتص له من الموضحة خاصة
الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وهي من الخواص قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير لا يجب
القصاص في قول ابي حنيفة ولكن يجب عليه ارش الشجة ودية العينين وفي قول ابي يوسف
ومحمد عليه الدية في العينين والقصاص في الموضحة اما مذهب ابي حنيفة فلان هذه جناية واحدة
على انسان واحد وقد صار بعض تلك الجناية مالا لانهم اتفقوا ان في العينين يجب الارش فاذا صار
بعض الجناية مالا صار كلها مالا الا ترى انه لو قطع يده فشل ما بقي سقط القصاص وتجب دية اليد
فكذلك هاهنا واما مذهبهما فلان هذه جنايتان في مكانين مختلفين ولا يدخل احدهما في الاخر
فكذلك فكذلك اذا صارت احدهما مالا لا تصير الاخرى مالا قوله قالوا اي قال المشايخ في شروحهم
وانما قال قالوا لان محمدا لم يصرح في اصل الجامع الصغير بما قالوا قوله فيهما اي في الموضحة والعينين
يعني انه يجب ارش الموضحة ودية العينين وانما كان لفظ قالوا لان الاول بيان قول ابي حنيفة
والثاني بيان قولهما قوله وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقي من الاصبع او اليد
كلها لا قصاص عليه في شي من ذلك وقال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يقطع
اصبع الرجل من المفصل الاعلى فيشل ما بقي من الاصبع او يشل اليد كلها قال لا قصاص في شي من
هذا وقال القاضي يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يكسر بعض سن الرجل فيسود ما بقي قال لا قصاص
في شي من هذا الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وهاتان المسألتان من الخواص ايضا ولم يحك محمد
فيهما خلافا في هذا قال مشايخنا ينبغي ان تجب الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل
بلا خلاف فيعني في الفصل الاول وقالوا في الفصل الثاني ينبغي ان تجب الدية في المفصل الاعلى
السن كلها ثم ابو حنيفة رضي الله عنه مر على اصله في المسألة الاولى واما ابو يوسف ومحمد
ففرقا بين هاتين المسألتين وبين المسألة الاولى لان ارش الاصبع يدخل في اليد بدليل انه لو قطع

اصبعه فلم يبرأ حتى قطع كفه او قطع اصبعه من المفصل ثم قطع ما بقي لا يجب عليه الا ارش
واحد ويدخل الاول في الثاني وفي المسئلة الاولى لا يدخل ارش احدهما في الاخر لانه لو شجه موضحة
ثم فقأ عينيه يجب كلاهما فلما دخل ارش احدهما في الاخر هنا صارت كلاهما بمنزلة جناية واحدة
فاذا اسقط القصاص في البعض سقط في الكل وكذلك اذا كسر نصف سنه فاسود ما بقي فالجواب
مثل الجواب في الاصبع كذا قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير قال الكرخي في مختصره فاما
قال اني اقطع المفصل ولا حاجة لي في ارش ما بقي لم يكن له القصاص في المفصل الا ترى انه لو شجه منقلة
فقال انا اشجه موضحة ولا اريد الارش فيما زاد لم يكن له ذلك اعماله ان يقتص من جنايته لو كان
يقدر على القصاص منهما لانه جناية واحدة فاذا كان لا يقدر على القصاص لم يكن له القصاص في بعضه
وكذلك السن يكسر بعضها فيسود ما بقي فليس له القصاص فان طلب ان يكسر الذي كسر ولا يريد الارش
فيما بقي فليس له في شيء من ذلك قصاص الى هنا لفظ الكرخي قوله لهما في الخلافية اي في المسئلة التي ذكر
فيها الخلاف وهي ما اذا شجه موضحة فذهب عيناه فلا قصاص في الموضحة عند ابي حنيفة بل الارش
وتجب الدية في العينين وعندهما يجب القصاص في الموضحة والدية في العينين وجه قولهما
ان الفعل متى وقع في محلين اخذ حكم فعلين كل واحد منهما مبتدأ الا ترى ان من رمى رجلا فاصاب
ونفذ منه الى اخر فانه يقتص للاول دون الثاني وكذلك اذا قطع اصبعا فاضطرب السكين
فاصاب اصبعا اخرى خطأ منه انه يقتص من الاولى دون الثانية فكذلك في مسئلتنا
فاذا صار بمنزلة فعلين لم تتعد الشبهة الاولى بخلاف السن اذا اسود ما بقي منها او الاصبع
اذا شل ما بقي منها او شلت اليد كلها لان ذلك بمنزلة شيء واحد بخلاف الاصبعين والعينين
وجه قول ابي حنيفة ان سراية الفعل مع ابتداء الفعل بمنزلة شيء واحد وما حصل
السراية بمنزلة محل واحد فيثبت للفعل صفة الاتحاد دون الافتراق فاذا صار
لا يوجب القود بجانبه اثر ذلك في ابتدائه بخلاف ... لان احدهما ليس من سراية الاخر
وهما محلان وبخلاف السكين واذا انشل الى الاصبع الاخرى فقطعها لان قطع الاخرى
حصل ابتداء لا انشلالا بالسراية فلم يكن ذلك شبهة في الاصبع الاولى لعدم اتحاد
الفعل وهذا هو الفرق الصحيح فافهمه وما قال صاحب الهداية بقوله وبخلاف ما اذا
وقع السكين على الاصبع انه ليس محلا مقصودا ففيه نظر لانا لا نقول بل نقول نعم ان قطع
الاصبع الاخرى ليس من قصد القاطع للاصبع الاولى ولكن اذا كان كذلك لم يسقط القصاص

في الاولى

في الاولى ومثل هذا وجد في الشجة التي ذهب منها العينان لانه لم يكن من قصد الشاج ذهاب العينين
ومع هذا يسقط القصاص في الموضحة عند ابي حنيفة قوله وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها
اخرى فلا قصاص في شيء من ذلك وعليه دية الاصبعين وقال ابو يوسف ومحمد وزفر والحسن بن زياد
يقتص من الاولى وفي الثانية الارش الى هنا لفظ الكرخي وقال الحاكم الشهيد في الكافي واذا قطع
اصبع رجل فشلت اخرى الى جنبها او قطع يده اليمنى فشلت اليسرى فلا قصاص في شيء من ذلك
وعليه دية الاصبعين والارش واجب لما قطع ولما حدث فيه الشلل في قول ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد القطع ما بين على الشلل يقتص في القطع وفي الشلل الارش واجمعوا انه لو قطع مفصلا
من اصبع فشل الباقي او قطع الاصابع فشلت الكف فانه يجب في الكل الارش ويجعل كله جناية واحدة
لهما يقولان انهما جنايتان مختلفتان احدهما عمد والاخرى خطأ لانه لا يقصد بالجناية على احدهما
تحصيل الاثر في محل اخر لانه لا يصلح له عادة فوجب ترتيب حكم العمد على الاول والخطأ على الثاني
كما اذا رمى سهما الى انسان فاصابه ونفذ منه واصاب محلا آخر بخلاف ما اذا قطع بعض
الاصبع فشل الباقي او قطع الاصابع فشلت الكف لان ذلك جناية واحدة في محل واحد باعتبار ابتدائه
عمد وباعتبار نهايته خطأ فصار عمدا من وجه وخطأ من وجه وابو حنيفة يقول انهما ان كانا
جنايتين حقيقة ولكن شبهة الاتحاد ثابت الا ترى ان الثانية سراية الجناية الاولى ولا
تتصور السراية الا عند الاتصال لان المراد من السراية ان يحدث فساد عضو اخر بالجناية
على عضو وحدوث الالم في محل اخر لا يكون الا عند اتصال المحل بالمحل الذي وجد فيه الالم من
حيث العروق والاعصاب الا ترى انه يسري الى النفس ويجوز ان يسري الى طرف من اطراف النفس
فثبت ان شبهة الاتحاد ثابتة بناء على اتصال المحل فان نظرنا الى ابتدائه فهو عمد وان نظرنا
الى نهايته فهو خطأ فصار خطأ من وجه دون وجه فلم يصلح سببا لوجوب القصاص كذا
في شرح الكافي وقول الشافعي في هذه المسئلة كقولهما كذا في شرح الاقطع قوله وقال زفر
لا يجوز ان يقطع على الظفر المنفصل المرموع الا اذا كذا الا في صورة ولادة الشعر فعلى هذا كان
حق الكلام ان يقول وقالا لا ... قوله والوجه من الجانبين قد ذكرناه اي من جانب ابي حنيفة
ومن جانب من خالفه اشارة الى ما ذكر من تعليل ابي حنيفة وصاحبيه بقوله لهما في الخلافية
ان الفعل في محلين الى اخره قال قوله وروى ابن سماعة عن محمد في المسئلة الاولى وهو ما اذا
شجه موضحة فذهب بصره انه يجب القصاص فيهما اي في الموضحة والبصر جميعا قال الكرخي

عند ابي حنيفة رحمه الله القدوري في مختصره واذا قطع اصبع فشلت اخرى الى جنبها فان ابا د لا قصاص في

قال ابن سماعة في نوادره قال سمعت محمدا قال في رجل شج رجلا موضحة عمدا بحديدة او
عصا فذهبت عيناه من ذلك والعين قائمة وقد ذهب الضوء قال اقتص من ذلك كله لان
هذا محمد الى هنا لفظ الكرخي وجه رواية ابن سماعة في وجوب القصاص في البصر ان الجناية
وقعت على وجه العمد فما تولد منها عمد كما لو سرت الى النفس فالقصاص يمكن فيما سرت اليه
فوجب القصاص فيه وليس كذلك اذا اشلت الاخرى لان القصاص لا يمكن فيها فتعلق القصاص
بالاولى ووجب في الثانية الارش ووجه قولهم المشهور ان العين لم تذهب بالسراية لان
السراية انما تكون من جزء الى جملة فاما من جزء الى جزء فلا وانما تلف البصر بسبب الشجة
وما تلف بسبب ليس فيه قصاص كما اذا اتلف بحفر البير ووضع الحجر وليس كذلك اذا سرت الى
النفس لانه تلف بالسراية لان الالم يتصل بالقلب فيحدث الموت منه فصارت كالجناية
نفسها فيثبت القصاص فاما عضو اخر فلا يوجد فيه هذا المعنى فلا يجب فيه قصاص وقال
الكرخي قال ابن سماعة وقال محمد ولو ذهبت عيناه ولسانه وجماعه قال عليه القصاص
في الموضحة وفي العينين فاما اللسان والجماع فلا يقدر فيه على القصاص فعليه الدية في ماله
ولا يكون ذلك على العاقلة لانه تعمد ضربه فما كان فيه القصاص فعليه القصاص وما لا
يستطاع القصاص فيه فعليه دية ذلك في ماله دون العاقلة وانما هذا فيما كان دون
النفس فاما اذا آلت الضربة الى النفس وكانت الضربة بحديدة او خشبة تقع موقع السلاح
ففيه القصاص وان كانت الضربة الدية على العاقلة قال ابو الحسن وهذا قول اصحابنا
جميعا ان الضربة اذا صارت نفسا اعتبر ما ضرب به فمن كان عنده المضروب به فوجب
القصاص اوجبه ومن كان لا يجب به القصاص عنده ابطله الى هنا لفظ الكرخي **قوله**
بخلاف الاخرى لانه يعني ما اذا قطع اصبعا فشلت التي بجنبها اخرى وقد مر بيانها **قوله**
ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص الا على رواية ابن سماعة ذكرها على سبيل التفريع
وكذلك المسألة التي تليها ذكرت بسبيل التفريع فعلى رواية ابن سماعة يجب القصاص في المسألتين
وعلى المشهور لا يجب القصاص في شيء من ذلك وقال في التقريب وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة
فيمن ضرب سن رجل عمدا فكسر بعضها وحرك ما بقي فانه يؤجل سنة فان سقطت او اسودت
فلا قصاص عليه وقال ابو يوسف ان سقطت ففيه القصاص وذلك لان ذهاب بقية السن
لا يكون من طريق السراية لان السراية الى السن تكون بانتقال الالم الى القلب والسن لا

٣١١

لا يولم وانما يصير كسر بعضها سببا في تلف بقيتها فلا يجب القصاص فيما تلف بالسبب فسقط في الجملة
وعلى قول ابي يوسف ان السن انما يستانى بها ليعلم ما يؤول اليه فاذا استوطت صار كان الضرب اوجب
ذلك في الابتداء كذا في التقريب وقال الكرخي في مختصره وقال محمد اذا ضربه بعصا فاوضحه ثم عاد
فضربه الى جنبها ثم تآكلتا حتى صارتا واحدة فيها موضحتان يقتص منه الى هنا لفظ الكرخي وهذا
على رواية ابن سماعة لان القصاص وجب لكل واحدة من الموضحتين وما تآكل منهما يمكن فيه القصاص
ومن اصل محمد ان الجراحة التي فيها القصاص اذا تولد منها ما يمكن فيه القصاص يقتص منهما
كما لو آلت الى النفس وعلى الرواية المشهورة لا قصاص في الموضحتين لان ما تآكل بينهما تلف بسبب الجراحة
والتالف بالسبب لا قصاص فيه ولو قلع سن رجل فنبت مكانها اخرى سقط الارش هذا
لفظ القدوري في مختصره ولم يذكر خلاف اصحابنا فيه وذكر في شرح مختصر الكرخي خلافا فقال
فيه واما سن البالغ اذا قلعها ونبت مكانها اخرى قال ابو حنيفة لا شيء فيها لان السن
يستانى فيها لينظر ما يكون من حالها فاذا نبتت فقد عاد الجمال والمنفعة على ما كانت فصار كسن
الصبي وقال ابو يوسف عليه الارش كاملا لانه اتلف السن بجنايته وما نبت فانما هو عوض
عوضه الله تعالى فلا يسقط الضمان عن الجاني كمن اتلف مالا لعبد فرزقه الله تعالى مالا او كمن
قطع شجرة فنبتت وفرق ابو يوسف بين سن الصبي وسن البالغ فان سن الصبي معرضة
للسقوط فتعلق بها ضمان ولم يذكر القدوري لمحمد خلافا وانما ذكر خلافه صاحب الهداية وكذلك
لم يذكر خلافه في شرح الطحاوي ايضا فقال فيه ولو قلع سن رجل فنبت مكانها اخرى فلا شيء على القالع
وروي عن ابي يوسف انه قال يجب حكومة الالم وان نبتت معوجا وجبت الحكومة بالاجماع
ولو نبتت مسودا يجعل كانه لم ينبت فيجب الارش الى هنا لفظ شرح الطحاوي ونقل في الاجناس
عن المجرد قال ابو حنيفة لو نزع سن رجل فنبتت نصف السن كان عليه نصف ارش سنه
وقال القدوري ايضا في شرحه وقد قالوا فيمن قلع سن غيره فاخذها صاحبها فوضعها في مكانها
فثبتت ونبت عليها اللحم فان على القالع الارش بكماله وذلك لان هذا الثبوت لا يعتد به لانها لا تعود
الى ما كان عليه السن الاول لان العروق لا تعود ولان هذه السن يكون في حكم الميتة قال محمد
ان كانت اكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلاة معها فلم تكن عوضا عن التالف وقال ابو يوسف في سن
نفسه اذا اعادها الى موضعها تجوز الصلاة معها وفي سن غيره لا يجوز ذلك قال وبينهما فرق لا يخفى
وعلى هذا اذا قطع اذنه فخاطها فالتحمت لانها لا تعود الى ما كانت عليه **قوله** اذا قلع سن صبي

فنبتت لا يجب الارش بالاجماع وانما قيد بارش السن لانه روي في مختصر الكرخي عن ابي يوسف
انه يجب فيه حكومة العدل وعن ابي يوسف انه يجب حكومة العدل عليها روي عن ابي يوسف
في سن البالغ اذا نبتت قوله لمكان الالم الحاصل اي يتقوم بالالم وبدون الالم فيجب ما انتقص وقال
الكرخي في مختصره وقال ابو حنيفة في الظفر اذا نبتت كما كانت فلا شيء فيه وان لم ينبت ففيه حكومة
عدل وان نبت على عيب ففيه حكومة عدل دون ذلك ولذلك قال ابو يوسف وقال ابو يوسف ان
نبت اسود ففيه حكومة ايضا لجراحة الاول ولما اصاب من الالم ذكر الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله
قال القدوري وهذا على اصله ان الالم يتقوم قوله ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوع سنه
سن النازع فنبت سن الاول فعلى الاول لصاحبه خمسمائة درهم وهذه من خواص
الجامع الصغير اراد بالاول الذي نبت سنه هو المنزوع سنه اولا واصل هذا ان
القصاص واجب في السن نزعت او كسرت ولكنه يجب لفساد المنبت الا ترى انها لو
نبتت كما كانت يبطل القصاص وفساد المنبت لا يظهر الا بمضي الزمان وقدر ادناه بالحول
فاذا استوفي حولا ولم ينبت وجب استيفاء القصاص وانما قدر به لان الحول مشتمل على الفصول
الاربعة التي تشتمل على الطبايع الاربع الحرارة والبرودة والرطوبة واليبوسة فلعل فصلا منها
يوافق طبع المجني عليه فتبرا جراحته وتقام في سائر الجراحات او نبت سنه فيما كان فيه
او يخالف طبعه فيموت المجني عليه او يحصل الياس من نبات السن فقدر بالحول كما قدر
مدة العنين لهذا لان الحول دلالة الياس غالبا فاقيم مقام حقيقة الياس لانها تحصل بالموت
ولو وقفناه الى الموت يلزم اضاعة الحقوق وهذا الاصل لانه ربما يموت المجني عليه
قبل نبات السن فيموت نه يبطل القصاص في السن الا ترى الى ما قال في النوادر فان مات
الصبي قبل الحول ولم ينبت السن او مات الرجل قبل الحول ولم ينبت الشيء لا شيء فيه في قول ابي حنيفة
وتجب حكومة العدل في قول ابي يوسف فلهذا اقيم الحول الذي هو دلالة الياس مقام حقيقة
الياس فاذا نبتت سن الذي وجب له القصاص بعد القصاص بعد الحول ظهر انه استوفى
القصاص كان بغير حق فضمنه كانه نزع ظلما ولكن لم يلزمه القصاص لان تعلق في الظاهر
حين استوفى القصاص كان حقا فصار ذلك شبهة في سقوط القصاص فوجب المال قوله
ولهذا يستأنى حولا بالاجماع والاستيناء الانتظار يقال استأنى بي اي انتظر ثم اعلم ان في
سن الصبي يستأنى حولا بالاتفاق وفي سن البالغ خلاف قول ابي يوسف قال الفقيه ابو الليث

سمعت محمد بن الفضل قال سمعت محمد بن جعفر قال سمعت ابراهيم بن يوسف قال سمعت ابا يوسف
قال اذا قلع رجل سن رجل ليس فيها اجل ولكن يقضي بالارش فاما سن الصبي فانه يؤجل سنة
الى هنا لفظ النوازل ونقل الناطفي في الاجناس عن نوادر ابي يوسف رواية ابن سماعة قال
ابو يوسف رجل قلع سن رجل لم انتظر بها حولا انما انتظر بسن الصبي واقضي عليه بالارش
الى هنا لفظ الاجناس وذلك لان نبات السن بعد البلوغ نادر والى هذه الرواية مال بعض
اصحابنا مثل خواهر زاده وغيره وقال الناطفي ايضا قال في المجرد لو نزع سن رجل ينبغي للقاضي
ان ياخذ ضمينا من النازع للمنزوع سنه ويؤجل سنة منذ يوم نزع سنه فاذا مضت سنة
ولم تنبت اقتص له وعلى هذه الرواية لم يفرق كثير من مشايخنا بين سن البالغ وسن الصغير
بل قالوا بالاستيناء فيهما جميعا واليه ذهب القدوري والسرخسي وغيرهما قوله قال ولو ضرب
انسان سنه فتحركت يستأنى حولا هذه مذكورة على سبيل التفريع وهي من مسائل الاصل
الى قوله ومن شج رجلا فالتحمت قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا ضرب الرجل سن رجل فتحركت
فانه ينتظر بها حولا فان اسودت او سقطت او احمرت او اخضرت ففيها ارشها كاملا
قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وانما قلنا بالانتظار لان المعتبر في
باب الجنايات مآلها لا حالها فانه لا يدري مآلها الا ترى انه قد يشتد ويسقط وقد يسري الى النفس
فلهذا ينتظر وانما ينتظر حولا لان الظاهر ان الاندمال والبرء وعدمه يتبين في سنة
ولهذا قلنا بالاستيناء سنة في الجراحات لاشتباه في مآلها قال وقد جاء فيه الحديث فانه
روي عن جابر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في الجراحات لا تقاد حتى تستأنى سنة
فان سقطت او اسودت ففيه الدية اعني دية السن ولا يجب القصاص لان في القصاص
فيما دون النفس تعتبر المساواة ولا يمكنه ان يضرب على وجه تتحرك وتسقط او تسود
كما فعله الاول ولا يقدر ان يقلعه ابتداء لان الاول ما فعل به هكذا فاذا تعذر القصاص
وجب الارش في ماله لانه عمد بخلاف ما اذا قلع سنه او كسرها حيث يجب القصاص
لانه يقدر ان يفعل بالاول كما فعل الاول به ثم حكم بوجوب ارش السن في السقوط والاسوداد
جميعا لان الاسوداد في معنى السقوط لان الارش انما يجب في السن اما لازالة الجمال
او لانه آلة مضغ حقيقة وكلا المعنيين ثابت في الاسوداد لانه يزول به الجمال ولانه لا
يبقى منتفعا لانه لا يصلح للمضغ فصار هالكا معنى وكذا الاحمرار والاخضرار ولو اصفرت

لم يذكره محمد في الاصل وفيه روايتان عن ابي حنيفة ذكرهما الكرخي في مختصره قال فان اصفرت
فان ابا يوسف روى عن ابي حنيفة ان المضروب اذا كان حرا فليس فيها شيء وان كان مملوكا ففيها
حكومة وقال محمد نرى فيها اذا اصفرت حكومة حرا كان المضروب او عبدا وقال ابو يوسف ارى
فيها حكم عدل وقال ابو يوسف ان كثرت الصفرة حتى يكون عيبا كعيب الخضرة او الحمرة ففيها عقلها
تاما وقال زفر اذا اصفرت ففيها ارشها تاما الى هنا لفظ الكرخي وجه الرواية الاولى ان الصفرة لا تبطل
منفعة السن وانما يوجب نقصانا فيها فوجب حكومة وجه الرواية الاخرى ان الصفرة قد تكون لونا
للسن في اصل الخلقة فلم يعد ذلك نقصا في الحر وليس كذلك الخضرة والسواد والحمرة لانها لا تكون لونا للسن
في الاصل واما العبد فان الصفرة تؤثر في نقصان قيمته قال القدوري في شرحه وهذه الرواية اصح
لان الحر اولى بايجاب الارش لفوات الجمال بدلالة الشعر يعني ان الشعر مثل السن توجب فوات الزينة
وهذا المعنى مقصود في الاحرار اكثر مما يقصد في العبيد الا ترى ان في لحية الحر الدية وفي لحية العبد
حكومة فاذا وجب في سن العبد النقصان فالحر اولى وجه قول زفر ان السن يظهر في العادة
ويقصد منها الجمال فاذا فات وجب الارش كاملا كما لو ابانها وجه قول ابي يوسف ان المقصود بالسن
المنفعة والصفرة لا تبطل المنفعة المقصودة فلم يجز ايجاب كمال الارش وليس كذلك اذا اسودت
او احمرت لان ذلك يبطل منفعتها الا ترى انها تنقص في العادة وقال الحاكم الشهيد في الكافي
فان قال الضارب انما اسودت او سقطت من ضربة حدثت فيها من غيري وكذبه المضروب
فالقول في ذلك قول المضروب مع يمينه الا ان يقيم الضارب البينة على ما ادعى استحسن هذا لما جاء
فيه من الاثر والسنة والقياس ان يكون قول الضارب وذلك لانه يدعي المضروب عليه ضمانا وهو
ينكره فكان القول قوله كما اذا شجه موضحة فصارت منقلة فقال الضارب انما صارت منقلة من
امر حدث فيها من غير فعلي وقال المضروب لا بل صارت منقلة من ضربتك يكون القول قول
الضارب كذا هذا وجه الاستحسان ان الضارب يدعي الاحالة الى سبب ليس بظاهر والمضروب
يدعي الاحالة الى سبب ظاهر فان الضرب سبب صالح لهذا الاثر خصوصا بعد ما تحرك سنه فكان
الظاهر شاهدا له فكان القول قوله بخلاف ما اذا ادعى ان الشجة الموضحة صارت منقلة لان الشجة
الموضحة بعدما وقعت موضحة لا يكون لها ان تسري الى العظم عادة بل يكون ذلك اثر سبب
حادث فلا يشهد الظاهر شاهدا للمضروب فلا يكون القول قوله قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
المراد في الكتاب بقوله استحسن لما جاء فيه من الاثر والسنة قول ابراهيم النخعي لانه افتى به هكذا

قوله ليكون التأجيل مفيدا وذكر لان التأجيل انما كان لظهور عاقبة الامر فلو لم يقبل قول المضروب
كان التأجيل وعدمه سواء فلم يكن مفيدا في الانتظار فائدة قوله وان اختلفا في ذلك بعد السنة
فالقول للضارب اي ان اختلف الضارب والمضروب في سقوط السن بعد الاستيناء حولا فقال
المضروب سقطت بضربك وقال الضارب بل سقطت بامر حادث قوله ولو لم تسقط لا شيء على
الضارب يعني اذا تحركت السن ولم تسقط ولم يحدث فيها عيب كالاسوداد ونحوه لا شيء على الضارب
قوله وعن ابي حنيفة انه تجب حكومة الالم وفي بعض النسخ وعن ابي يوسف وهو الاصح بدليل ما
قال في شرح الطحاوي اذا ضرب سن رجل حتى تحركت فانه يستأني حولا فان لم تسقط فلا شيء على
الضارب وروي عن ابي يوسف انه قال يجب عليه حكومة الالم اي اجر العلاج واجر الطبيب كذا في
شرح الطحاوي قوله وسنبين الوجهين المراد بهما وجه قوله لا شيء على الضارب ووجه وجوب
حكومة الالم واشار بالوعد الى قوله بعد هذا سقط الارش وهو حكومة عدل لان الشين قد
زال فالالم الحاصل ما زال قوله ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها اثر ونبت الشعر سقط الارش
عند ابي حنيفة اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وقال ابو يوسف عليه ارش الالم وقال
محمد اجرة الطبيب وجه قول محمد ان الجاني كان هو السبب في التزام هذا الغرم فكانه اخذه من ماله
فاعطاه قال القدوري في شرحه وهذا ليس بصحيح لان المنافع لا تتقوم عندنا الا بالعقد كما في المضاربة
الصحيحة والاجارة الصحيحة او شبهه كما في المضاربة الفاسدة والاجارة الفاسدة
ولم يوجد في حق الجاني عقد ولا شبهه فلم تتقوم اجرة الطبيب في حقه ووجه قول ابي يوسف
ان الاجزاء وان عادت فالالم باق موجب تقوم ذلك فيجب حكومة عدل قال القدوري وهذا
ليس بصحيح لان مجرد الالم لا يتعلق به ضمان كمن ضرب رجلا ضربا وجيعا ولابي حنيفة ان الضمان
في الشجة انما يجب للشين الحاصل بزوال الشعر فاذا عاد الشعر عاد على ما كان عليه فلم يجز ايجاب
الارش لزوال علة الارش ولانه متى عاد الشعر لم يبق الا مجرد الالم وهذا المعنى لا يوجب
الضمان كمن لطم رجلا ومسألة السن اعني اذا قلع سن رجل فنبتت مكانها اخرى كما كانت مبنية
على هذا الاصل فعند ابي حنيفة سقط الارش وعند ابي يوسف يلزمه حكومة الالم وفي رواية انه
يلزم الارش كاملا وقد مر ذكره عند قوله ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها اخرى ولم يذكر قول
محمد ثمة لانه لا غرم يلزمه كذا ذكره القدوري في شرحه قوله فان من ضرب رجلا مائة سوط
فجرحه فبرأ منها فعليه ارش وهذه من مسائل الجامع الصغير ووقع بيانها مكررا في الهداية لانه

استوفي بيانها في فصل قبل باب الشهادة في القتل والمراد بالارش ارش الضرب وهو حكومة عدل
قال الصدر الشهيد هذا اذا بقي اثر الضرب فان لم يبق لا يجب شي عند ابي حنيفة وانما قيد بقوله
جرحه لانه اذا لم يجرحه في الابتداء لا يجب شي بالاتفاق وقد مر تكرره **قال** قال ومن قطع يد رجل
خطأ ثم قتله قبل البرء فعليه الدية وسقط ارش اليد اي قال القدوري في مختصره ومعنى قوله خطأ
اي خطأ ايضا لانه اذا كان القتل عمدا يوخذ بالامرين جميعا وقيد بقوله قبل البرء لانه بعد البرء يوخذ
بالامرين جميعا وقد مر بيان ذلك مفصلا في اول فصل قبل باب الشهادة في القتل وذلك لان الجنايات
المتفقة بمنزلة الجناية الواحدة بدليل انها في حكمها وحكم الجناية قبل البرء مراعى فلا يحكم فيها
بشي لجواز ان يؤول الى النفس فيسقط حكمها ويثبت حكم النفس فاذا لم يستقر الجناية الاولى ووجدت
الثانية سقط حكم الاولى وكانه اتلفه بجناية واحدة فتجب الدية خاصة ولا يشبه هذا اذا قطع
يده خطأ ثم قتله عمدا لانهما جنايتان مختلفتان واختلاف الجنايتين كاختلاف الجانيين ومعلوم ان
جناية احد الجانيين لا يدخل في جناية الاخر فكذلك الجنايتان المختلفتان **قوله** لان الجناية من جنس واحد
لان كل واحد منهما خطأ **قوله** قال ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص من الجارح حتى يبرا اي قال القدوري
في مختصره وحكى موته فيه خطأ وكذلك لا يحكم بارشها حتى تبرا وبه صرح الكرخي في مختصره وقال
الشافعي يقتص منه في الحال كذا في شرح ابي نصر لان العلة لوجوب القصاص وهي قطع العضو او
جرح الموضحة قد تحققت فيترتب الحكم عليها في الحال كما في القصاص في النفس ولنا ما روى اصحابنا
في كتبهم عن جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال يستانى بالجراحات سنة وقال القدوري في مختصر
شرحه لمختصر الكرخي روي ان رجلا جرح حسان بن ثابت في فخذه بعظم فجاء الانصار الى رسول
الله صلى الله عليه وسلم وطلبوا القصاص فقال النبي صلى الله عليه وسلم انتظروا ما يكون من صاحبكم
ولان الجراحات يعتبر مآلها لا حالها لان حكمها في الحال غير مستقر ليس لانها ان سرت الى النفس تجعل قتلا
وان لم تسر تجعل جراحة وانما يتبين الحال بالاستيناء فلا بد منه حتى يستقر الامر بالبرء او بالسراية فاذا
استوفينا القصاص في الحال استوفينا ما ليس بمستحق فلا يكون ذلك وقوله ان العلة تحققت قلنا لم ذلك
لان الجراحة علة لوجوب القصاص فيما دون النفس بعد البرء وعلة لوجوب القصاص في النفس بعد السراية
الى النفس فلا ينعقد علة لاحد الامرين قبل ان يظهر الحال وليس القصاص فيما دون النفس كالقصاص في النفس
لانه ليس بعد القتل شي اخر حتى ينتظر اليه فلهذا اوجب القصاص ثمة معجلا وهنا فيما يكون فيه الحال
متردد بين ان يبرا المجروح او يموت فلا جرم وجب الاستيناء **قوله** قال وذكر محمد سقوط القصاص فيه

شبهة

بشبهة فالدية في مال القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل اي قال القدوري في مختصره
قال ابو الحسن الكرخي في باب اروش الجنايات على الرقيق كل دية وجبت بنفس القتل في خطأ او شبه
عمد او في عمد دخله شبهة فهي في ثلاث سنين على من وجبت عليه في كل سنة الثلث من ذلك الخطأ
وشبه العمد على العاقلة والعمد الذي دخله شبهة فيتحول مالا فهو في مال الجاني وكذلك في ثلاث
سنين تؤديه العاقلة اذا وجبت عليها في كل سنة الثلث عند انقضائها وكذلك كل دية وجبت
بغير صلح فاما اذا اصولح من الجناية على مال فهو حال في مال الجاني وكذلك كل جزء من الدية وجب
على العاقلة او على الجاني من ذلك الجزء في ثلاث سنين في كل سنة منه الثلث كرجل قتله عشرة خطأ او
شبه العمد فعلى العاقلة كل واحد منهم عشر الدية يؤدي كل عاقلة ذلك العشر في ثلاث سنين وكذلك
عشرة قتلوا رجلا عمدا احدهم ابوه فالدية في اموالهم في مال كل واحد منهم العشر وذلك العشر في ثلاث
سنين هذا قول اصحابنا جميعا الى هنا لفظ الكرخي انما تحمل العاقلة الدية في الخطأ مؤجلا الى ثلاث
سنين لان عمر رضي الله عنه قضى بذلك بحضرة الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع وقد مر ذلك
في اول كتاب الجنايات وكذلك في شبه العمد لان فيه معنى الخطأ الا ترى ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قضى بدية المقتول على عاقلة الضاربة وان كانت اعتمدت ضربها بالعمود لانه شبه العمد
واما العمد الذي دخلته شبهة فالمراد منه قتل الاب ابنه فلا يتحمل العاقلة لما روى محمد بن الحسن
في موطا وقال اخبرنا عبد الرحمن بن ابي الزناد عن ابيه عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة
ابن مسعود عن ابن عباس رضي الله عنه قال لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا
ما جنى المملوك وهذا لا يعلم الا من طريق التوقيف فاحتمل انه رواه عن النبي صلى الله عليه
وسلم لصيانته عن الكذب والجزاف وقال محمد ايضا اخبرنا مالك عن ابن شهاب قال مضت السنة
ان العاقلة لا تحمل شيا من دية العمد وقال ابو عبيد حدثنا عبد الله بن ادريس عن مطرف عن الشعبي
قال لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا وكان ينبغي على قول ابي الحسن الكرخي
ان يكون حالا لان موجب قتل الاب عمدا هو القصاص ثم لسقوط الى الدية فتصير كدم العمد
اذا عفى احد الشريكين الا انهم قالوا يجب مؤجلا لان القصاص لما لم يثبت حكمه بحال صار كانه
لم يجب وكان الدية وجبت بنفس القتل فتجب مؤجلة وهذا على ما قلنا في ملك الوكيل انه لما لم
يستقر صار كانه لم يكن حتى لا يعتق عليه ولده كذا ذكره القدوري في شرحه واما الصلح فلانه مال
وجب بالعقد فكان كالثمن في البيع فان شرط فيه اجل كان مؤجلا وان لم يشترط كان حالا واما الجزء بدل

النفس فهو في ثلاث سنين قياسا على ما يجب على كل واحد من العاقلة من الدية فان قتل العشرة الواحد
فعلى عاقلة كل واحد منهم عشر الدية في ثلاث سنين لانه جزء من بدل النفس فيؤجل بثلاث سنين
كما يلزم كل واحد من العاقلة قوله لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا فيه نظر لانه من كلام ابن عباس
والشعبي وقد مر آنفا قوله غير ان الاول يجب في ثلاث سنين اراد بالاول دية العمد الذي سقط
القصاص فيه بشبهة واراد بالثاني الارش الواجب بالصلح وكل ذلك في مال القاتل والاول مؤجل والثاني
حال وقد مر بيان ذلك قوله قال واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلاث سنين اي قال
القدوري في مختصره وقال الشافعي تجب حالة وعدم وجوب القصاص على الاب مذهب الجمهور لا
وعند مالك يجب القصاص على الاب اذا ذبح ابنه وقد مر ذكره في باب ما يوجب القصاص وقال في
الاسرار اذا قتل ابنه عمدا وجبت الدية مغلظة في ماله في ثلاث سنين وقال الشافعي
تجب حالا ثم لما لا يجب القصاص على الاب لا يجب القصاص على الاجداد والجدات في قتل الولد وجرحه
ولكن تجب الدية عليهم في مالهم في ثلاث سنين وفي الخطاء الدية على العاقلة وعلى القاتل الكفارة كذا
ذكر الحاكم الشهيد في الكافي وجه قول الشافعي ان الواجب بدل عن النفس فيجب ان يكون حالا كالقصاص
وكما في عقد الصلح وانما ورد الشرع بالتاجيل في الخطاء تخفيفا على الجاني وفي العمد لا يستحق التخفيف والتحقيق
العمد بالخطا الا ترى ان في حالة الخطاء تجب الدية على العاقلة وهنا لا تجب عليهم بل تجب في مال القاتل
وفي الخطا تجب دية مخففة ولنا انه مال واجب بنفس القتل ابتداء فيجب ان يكون مؤجلا كما في
الخطاء وشبه العمد وبيانه ان القياس يابى ان يجب المال لعدم المماثلة بينه وبين الفائت ولكن وجب المال
حيث سقط القود بشبهة الابوة لانه لئلا يصير الاسلام دم معصوم هدرا والمال انما وجب ابتداء
وجب مؤجلا كما في الخطا وشبه العمد وهنا وجب ابتداء فيجب مؤجلا فلا يجوز ان يعدل عما ثبت
شرعا الى غيره فيما وجب بخلاف القياس فلما لم يجز العدول الى غيره لم يجز العدول اليه بزيادة صفة الحلول
بالطريق الاولى لانه لما لم يجز العدول عن التغليظ بزيادة القدر بان يزاد على مائة بعير فكذلك لا يجوز
العدول فيه بزيادة الوصف وهو صفة الحلول لان وجوب المال بخلاف القياس فيقتصر على ما ورد
الشرع به وهو ان جعلنا ما قبل عمدا سقط فيه القصاص ما يجب فيه من الارش ينبغي ان يكون حالا
قياسا على من قطع يد رجل من نصف الساعد فالقصاص واجب ثمة لو امكنت المماثلة فاذا استحال
لتعذر المماثلة وجب الارش حالا ونحن سلمنا لا نتوهم وجوب القصاص اصلا مع امكان المماثلة فوجب
البدل مؤجلا قوله وكل جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته وهذا لفظ القدوري

وفي العمد دية مغلظة
ولان الدم يجب
جبر الحق المقتول
كيلا يكون دم هدرا
ويحصل في تفويت حال مثلا
بتعجيل المال بالمؤجل
لعدم المماثلة

في مختصره لان قوله كل جناية ما يوجب الدية لا ما اذا اعترف بالعمد ثم انتقض به اذا لم يكن ثمة مانع
القصاص قال الكرخي في مختصره من اقر بقتل خطأ فالدية في ماله في ثلاث سنين في كل سنة الثلث
عند انقضائها الى هنا لفظ الكرخي وذلك لما روى محمد قبل هذا في موطاه عن ابن عباس رضي الله عنهما
قال لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما جنى المملوك ولانه مصدق على نفسه غير مصدق
على عاقلته ولان الدية تجب عليه ابتداء بالقتل ثم تتحملها العاقلة عنه فاذا لم يصدق عليهم تبقى
الدية في ذمته كما كانت وتكون مؤجلة لانها وجبت بنفس القتل وتؤدى عند انقضاء كل سنة
ثلثها لانه مال مؤجل بالحول فيؤدى عند انقضاء الاجل كالدين المؤجل والزكوة قوله قال وعمد
الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة اي قال القدوري في مختصره وقال في كتاب التقريب
لاصحاب مالك ولا قود على صبي ولا مجنون وقال في وجيز الغزالي ولا قصاص على الصبي والمجنون
وقال في شرح الاقطع وقال الشافعي في احد قوليه يجب الدية في ماله وتتغلظ ويكون حالا لنا ما روى
القدوري في شرحه عن علي رضي الله عنه انه قال عمد الصبي خطأ وروي ان مجنونا عدا على رجل
بالسيف فقتله فقضى علي بالدية على عاقلته ولان الاحكام المتعلقة بالعمد لا تتعلق بفعلهما مثل القصاص
والمأثم فصار كالخطأ وانما لم يتعلق بفعلهما قصاص لان القصاص عقوبة وهما لا يستحقان
العقوبة بفعلهما بدلالة الحدود قوله وكذا كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدا اي تجب ذلك
على العاقلة قوله ولهذا لا تجب الكفارة به اي بالايل وجوب الكفارة على الصبي والمجنون خلافا
للشافعي لنا قوله عليه السلام رفع القلم عن ثلاث الخبر ولانها كفارة فلا تثبت في حقهما ككفارة
الفطر واليمين والظهار والصيد ولان الكفارة تسمى كفارة لستر الذنب ولا ذنب لهما فلا تجب الكفارة
ولان العتق احد نوعي التكفير فلا يجب كالنوع الاخر وهو التكفير بالصوم احتج بانه قتل آدمي معصوم
فتتعلق به الكفارة كالبالغ قلنا البالغ تجب عليه سائر الكفارات فكذا هذه ويجب على البالغ
الحدود ايضا بخلاف الصبي قوله ولا ذنب تستره اي تستره الكفارة

فصل واذا ضرب بطن المراة

لما ذكر احكام القتل المتعلقة بالادمي من كل وجه شرع في بيان ما
هو آدمي من وجه دون وجه وهو الجنين بيان ذلك ما قال شمس الائمة السرخسي في اصوله
ان الجنين ما دام مجتنا في البطن ليست له ذمة صالحة لكونه في حكم جزء من الام ولكنه منفرد
بالحيوة معد لان يكون نفسا له ذمة فباعتبار هذا الوجه يكون اهلا لوجوب الحق له من عتق
او ارث او نسب او وصية وباعتبار الوجه الاول لا يكون اهلا لوجوب الحق عليه فاما بعد

ما تؤكد قتله دية صالحة ولهذا الواجب على مال انسان فالقوه كان ضامنا له ولهذا مهر امراته بعقد الولي عليه
قوله قال واذا ضرب بطن امراة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة نصف عشر الدية اي قال القدوري في
مختصره قال صاحب الهداية معناه دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المراة وكل واحد منهما
خمسمائة درهم اي معنى قول القدوري بنصف عشر الدية هو نصف عشر دية الرجل اما في الانثى فعشر
دية المراة ولا تفاوت بينهما لان كل واحد من نصف عشر دية الرجل ومن عشر دية المراة هو خمسمائة
درهم والجنين هو الولد في بطن الام سمي به لاجتنانه اي لاستتاره في البطن قالوا والقياس ان لا
يجب في الجنين شيء لانه يحتمل انه مات بفعله ويحتمل انه كان ميتا قبل ذلك فلا يجب الضمان بالشك
ولهذا لا يجب شيء في اجنة البهائم الا ترى ان من ضرب شاة فالقت جنينا ميتا كان عليه نقصانها
ولا شيء عليه في الجنين ولان الجنين في حكم الاعضاء بدلالة انه لا يجب ارشه والاعضاء لو انفصلت
بعد الموت لا تتقوم الا انا تركنا واوجبنا الغرة بالحديث وهو ما روى محمد بن الحسن في موطاه
عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في الجنين يقتل في بطن امه
بغرة عبد او وليدة فقال الذي قضي عليه كيف اغرم من لا اكل ولا شرب ولا نطق ولا استهل ومثل ذلك
بطل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما هذا من اخوان الكهان وقال محمد ايضا اخبرنا مالك
عن ابن شهاب عن ابي سلمة بن عبد الرحمن عن ابي هريرة ان امراتين من هذيل استبتا في زمن رسول
الله صلى الله عليه وسلم فرمت احداهما الاخرى فطرحت جنينها فقضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم
بغرة عبد او وليدة قال محمد وبهذا ناخذ اذا ضرب بطن المراة الحرة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة
عبد او امة او خمسون دينارا او خمسمائة درهم نصف عشر الدية فان كان من اهل الابل اخذ منه
خمس من الابل وان كان من اهل الغنم اخذ منه مائة من الشاة نصف عشر الدية الى هنا لفظ محمد
في موطاه يقال طل دمه يطل طلا وطلولا اذا لم يثار به فالدم مطلول وطليل وقد قالوا اطل دمه
ايضا فهو مطل ولم يعرفه الاصمعي كذا في الجمهرة وحدث البخاري عن موسى بن اسمعيل عن
وهيب عن هشام عن ابيه عن المغيرة بن شعبة عن عمر انه استشارهم في املاص المراة فقال
المغيرة قضى النبي صلى الله عليه وسلم بغرة عبد او امة فشهد محمد بن مسلمة انه شهد النبي صلى
الله عليه وسلم قضى في جنين امراة من بني لحيان بغرة عبد او امة ثم ان المراة التي قضى
عليها رسول الله بالغرة توفيت فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ميراثها لبنيها وزوجها
وان العقل على عصبتها وحدث صاحب السنن باسناده الى ابن عباس عن عمر انه سال عن قضية

به وحدث البخاري عن عبد الله بن يوسف عن الليث عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم

النبي

النبي في ذلك فقام حمل بن مالك بن النابغة فقال كنت بين امراتين فضربت احداهما الاخرى بمسطح
فقتلتها وجنينها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في جنينها بغرة وان تقتل وحدث صاحب
السنن ايضا باسناده الى سعيد بن المسيب وابي سلمة عن ابي هريرة قال اقتتلت امراتان من هذيل
فرمت احداهما الاخرى بحجر فقتلتها فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى رسول
الله صلى الله عليه وسلم دية جنينها غرة عبد او وليدة وقضى بدية المراة على عاقلتها وورثها
ولدها ومن معهم فقال حمل بن مالك بن النابغة الهذلي يا رسول الله كيف اغرم من لا اكل ولا
شرب ولا نطق ولا استهل فمثل ذلك يطل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان هذا من اخوان
الكهان من اجل سجعه الذي سجع والاحاديث في هذا الباب كثيرة في كتب الحديث قال ابو عبيد
المسطح عود من عيدان الخباء او الفسطاط ونحوه واما الغرة فهو عبد او امة وقال مهلهل في
ذكر كل قتيل في كليب غرة حتى ينال القتل آل مرة يقول كلهم ليس بكفو لكليب انما هم بمنزلة
العبيد والاماء ان قتلتهم حتى اقتل آل مرة وقوله ان عمر استشارهم في املاص المراة قال ابو عبيد
وانما سماه املاصا لان المراة تزلقه قبل وقت الولادة وكذلك كل ما زلق من اليد وغيرها فقد
ملص يملص ملصا وقال في شرح الكافي وانما سمي الجزء غرة لانه اول المقادير في الديات
واول الشيء اوله في الوجود وسمي غرة بمعنى الاولية ولهذا يسمى اول الشهر غرة والوجه غرة لانه
اول ما يبدو عند النظر وحمل بن مالك بن النابغة الهذلي بالحاء المهملة المفتوحة بعدها الميم
المفتوحة كذا صححوا في نسخ اسامي الرجال وقال في السنن قال ابن عباس كان اسم احدى
المراتين مليكة والاخرى ام عطيف وقال ابو الحجاج الحافظ المدني في كتاب الامالي في باب
العين المهملة ام عطيف الهذلية هي التي ضربتها مليكة فاسقطت في حديث حمل بن مالك قوله
والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق اي للالزام على الغير وانما قيد به لان الظاهر يعتبر اذا لم يكن
فيه الزام الغير كما في رضيع احد ابويه مسلم [illegible] لان الظاهر منه سلامة الاعضاء
من ذكر في اول كتاب الديات قوله وجه الاستحسان ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في
الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة ويروى او خمسمائة وهذا الحديث بهذا البيان لم يصح
نقله في كتب الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم كالصحيح والسنن وغيرهما اعني قوله
قيمته خمسمائة ويروى او خمسمائة وهذا الحديث بهذا البيان لم يقع نقله في كتب الحديث عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله ويروى او خمسمائة وقال صاحب السنن حدثنا محمد بن بشار

قال حدثنا شريك عن مغيرة عن ابراهيم قال الغرة خمسمائة وقال ابن ابي داود وقال ربيعة الغرة
خمسون دينارا ولكن الصحيح في وجوب الغرة ما ذكرنا قبل هذا ولان الضارب منع منه المبوه فوجب
عليه الضمان كالمغرور لانه منع من حصول الرق حين قيمة الرق قوله وهو حجة على من قدرها بستمائة اي هذا
الحديث الذي ذكره صاحب الهداية حجة على من قدر الغرة ستمائة درهم لان الحديث قدرها بخمسمائة
وانما فيه نظر والكلام الصحيح فيه ما قال القدوري في شرحه بقوله وعند قال اصحابنا ان الغرة
مقدرة بخمسمائة وقال الشافعي بستمائة وهذا انهم اتفقوا انها نصف عشر الدية ولكن اختلفوا في ذلك
بسبب اختلافهم في الدم فعندنا ان الدية عشرة آلاف فالغرة خمسمائة وعنده ان الدية اثنا
عشر الفا فالغرة ستمائة قوله قال وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة اي الغرة تجب على العاقلة
وعند مالك تجب في مال الضارب وقوله اذا كانت خمسمائة كانه سهو القلم وينبغي ان يكون اذ كانت
اذ لسكون الدليل الذي يعقد بها يبين انها انما تجب على العاقلة لانها مقدرة بخمسمائة والعاقلة تتحمل خمسمائة
ولا تتحمل ما دونها وتكلف بعضهم في توجيه ذلك وقال انه احتراز عن جنين الامة اذا لم تبلغ قيمته خمسمائة
فذلك ليس بشي لان ما يجب في جنين الامة فهو على الضارب في ماله حالا ولا يتحمل العاقلة وبه صرح الكرخي في مختصره
وقال الكرخي في مختصره وهي على عاقلة الضارب ولا كفارة على الضارب والغرة بين ورثة الجنين ولا
يرث الضارب منها شيئا الا ان كان من ورثة الجنين الى هنا لفظ الكرخي واما وجوب الغرة على العاقلة
فلانهم قالوا للنبي صلى الله عليه وسلم كيف نعقل او كيف ندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل
فقال النبي صلى الله عليه وسلم اسجع كسجع الكهان الاعراب فجعل فيه رسول الله غرة وجعلها على عاقلته
كذا ذكره الطحاوي في شرح الآثار فعلم ان القضا كان عليهم ولانه بدل النفس وان لم يكن فوجب على
العاقلة كالدية لانها بدل النفس واما قوله لا كفارة على الضارب فلان القتل غير متحقق لجواز ان
الحياة لم تخلق فيه والكفارة انما تجب بتحقق القتل ولان النبي صلى الله عليه وسلم لما قضى بالغرة لم يذكر
الكفارة ولو وجبت الكفارة لذكرها قال والغرة بين ورثة الجنين الى هنا لفظ الكرخي اما
وجوب الغرة على العاقلة فلانهم قالوا للنبي صلى الله عليه وسلم وقال الليث الغرة لام الجنين
كذا ذكره القدوري في شرحه ولنا ان الغرة بدل من الجنين بدلالة انها تعتبر فيه دون الام
الا ترى ان جنين ام الولد يجب فيه ما يجب في جنين الحرة فدل انه يعتبر بنفسه وبدل النفس يستحقه
الورثة قال ولا يرث الضارب منها شيئا لانه قاتل بلا حق ولا حق للقاتل في الميراث قوله وقال
مالك في ماله اي في مال الضارب لانه بدل الجزء اي جزء الادمي فصار كقطع اصبع من اصابعه

موا

قوله دوه اي ادوا ديته وهو امر خطاب لجمع المذكر من وداه يديه اذا ادى ديته قوله
الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة يتعلق بقوله وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة
وكانه يقول انما اذا كانت الغرة اقل من خمسمائة درهم لا تعقله العاقلة كما في جنين الامة ولكن فيه
نظر لان في جنين الامة لا وجوب على العاقلة اصلا لان الواجب في جنين الامة على الضارب مطلقا
قوله قال وتجب في سنة اي تجب الغرة على العاقلة في سنة ذكره تفريعا وعند الشافعي تجب في
ثلاث سنين كذا في مختصر الاسرار وذكر في وجيزهم ان غرة الجنين تجب في سنة ويحتمل ان يكون
عن الشافعي روايتان وجه قوله ان الغرة بدل النفس لان الجنين نفس وما وجب في قتل النفس
مؤجل الى ثلاث سنين والدليل على انها بدل النفس انها تكون شائعة بين ورثة الجنين سوى الضارب
ولنا انها مقدرة بنصف عشر الدية فوجب ان تكون في سنة واحدة كارش الموضحة بل اولى
لان الموضحة اذا كانت عمدا يجب بها القصاص كالنفس ويتقدر ارشها في خطائها بخلاف
الجنين فانه لا يجب فيه القصاص ويستوي فيه العمد والخطأ فلما لم يتأجل ارش الموضحة
الى ثلاث سنين فارش الجنين اولى ان لا يتأجل وكان الجنين له شبهان بالنفس وبالعضو
من حيث انه يحيى بحياة نفسه على حدة ومن حيث انه متصل بالام ينتقل بانتقالها كعضو من اعضائها
فجعلت الغرة بدلا له للنفس فكانت ميراثا بين الورثة وجعلت بدل العضو فكانت مؤجلة
الى سنة واحدة لان بدل العضو اذا كان نصف عشر الدية التي هي بدل النفس يجب على العاقلة في سنة واحدة
بخلاف اجزاء الدية حيث يجب كل جزء منها في ثلاث سنين لان كل جزء منها بدل النفس
وهذا كما اذا قتل جماعة رجلا خطا حيث وجب على عاقلة كل واحد منهم اقل من نصف عشر الدية
يجب ذلك الجزء الاقل على العاقلة في ثلاث سنين قوله لانه بدل العضو اذا كان ثلث الدية
او اقل اكثر من نصف العشر يجب في سنة وكان بعض الشيوخ يقول اذا كان بدل العضو نصف
عشر الدية وقوله اكثر بدون الواو العاطفة في اوله مما لا ينبغي لقوله اقل اي اذا كان بدل
العضو ثلث الدية او كان اقل من ثلث الدية وكان ذلك الاقل اكثر من نصف عشر الدية يجب في سنة
واحدة ولكن لا فائدة في التقييد بالاكثر نظرا لانه اذا لم يكن اكثر من نصف عشر الدية بل كان مقدار
نصف عشر الدية يجب في سنة وكان ينبغي ان يقول اذا كان بدل العضو نصف عشر الدية الى الثلث فانه
يجب في سنة قوله ويستوي فيه الذكر والانثى اي يستوي في الجنين الذكر والانثى يعني اذا القى
في جنين الحرة خمسمائة درهم سوا كان الجنين ذكرا او انثى ولا يفضل الذكر على الانثى في ايجاب

العزة لان الحديث ورد باسم الجنين مطلقا ومطلقه يشملهما جميعا قوله لاطلاق ما روينا اشارة به
الى ما روي يقول في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة قوله ولان في الجنينين انما ظهر التفاوت
لتفاوت معاني الآدمية هذا دليل ثان على استواء الذكر والانثى في ايجاب الغرة يعني ان التفضيل
انما يجب بحسب تفاوت الحال والمنفعة وهذا امكن التحقيق في الولد المنفصل كما في الاجنبي فلا يتصور
تفاوت الحال لان ذلك بناء على مالكية التصرفات والشهادات وغير ذلك من معاني الآدمية وذلك يكون
الزيد في الذكور في المنفصل وفي الجنين لا وجود لهذه المعاني حتى يتصور فيه التفضيل فبقي
وصف الآدمية فحسب والذكر والانثى في ذلك سواء فقدرت الغرة بمقدار ما دونهما جميعا ولانه
قد يتعذر التمييز في الاجنة بين الذكور والاناث فسقط اعتباره لتعذره في الغالب وقوله في
الجنينين تثنية الحي اراد بهما الولدين المنفصلين الحيين احدهما ذكر والآخر انثى يعني ظهر التفاوت
فيهما بان كان دية الذكر الف ودية الانثى خمسمائة قوله قال فان القته حيا ثم مات ففيه
الدية كاملة هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لانه مات بسبب الضرب السابق فصار قاتلا
لنفس كاملة فوجبت الدية كاملة والدية على العاقلة وعلى الضارب الكفارة ولا يرث الضارب منها
شيئا وبه صرح الكرخي في مختصره قوله وان القته ميتا ثم ماتت الام فعليه دية بقتل الام
وغرة بالقائها وهذه مسئلة المختصر ايضا وانما وجبت الدية في الام والغرة في الجنين لانه اتلف
كل واحد منهما فوجب عليه ما يجب في كل واحد منهما حال الانفراد قوله وان ماتت الام من الضربة
ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الام ودية في الجنين هذا مذكور بسبيل
التفريع على مسئلة المختصر وذلك لانه لما انفصل عنها حيا اعتبر حكمه بنفسه بدلالة انه يجب فيه ارش
كامل قصاصا قابلا للاثنين قوله وان ماتت ثم القته ميتا فعليه دية في الام ولا شيء في الجنين
هذا لفظ القدوري في مختصره وعند الشافعي تجب الغرة في الجنين لحديث حمل بن مالك ولان
الظاهر انه مات بالضرب ولنا ما روي في السنن مسندا الى عكرمة الى ابن عباس في قصة حمل
بن مالك فاسقطت غلاما وقد نبت شعره ميتا وماتت المرأة فتعارضا لان المفهوم من هذا
ان موت الام بعد اسقاط الولد ولان موت الجنين احتمل ان يكون من الضرب الاول وان يكون
باختناقه من موت الام فالاول يوجب الغرة والثاني لا فلا تجب بالشك ولانه ميت انفصل من
ميت فلا يجب ضمانه كالطرف اذا انفصل عنها بعد موتها وهذا لان الجنين له حكم
الاعضاء من وجه بدليل انه يعتق بعتقها ولا يكاد ارشه شهد له حكم النفس من وجه بدليل ان
بدله يورث عنه فاذا انفصل في حياتها ميتا انفرد بضمان ولم يدخل في ارشها اعتبارا بالانفس

وان انفصل

واذا انفصل بعد موتها ميتا لم يضمن اعتبارا بالاعضاء وكل شيء تردد بين اصلين يجب ان يلحق بهما
ولا يفرد بالاعتبار باحدهما دون الآخر قوله قال وما يجب في الجنين موروث عنه اي قال القدوري في
مختصره يعني ان غرة الجنين بين ورثة الجنين وقال القدوري في شرح مختصر الكرخي قال الليث الغرة
لام الجنين لنا ان الغرة بدل عن الجنين بدلالة انها تعتبر به دون الام الا ترى ان جنين ام الولد
يجب فيه ما يجب في جنين الحرة فاذا كان كذلك وجب ان يكون موروثا لان بدل النفس يستحقه الورثة اصله
الدية قال الكرخي ولا يرث الضارب منها شيئا لانه قاتل ولا ميراث للقاتل قوله قال وفي جنين الامة
اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته ان كان انثى اي قال القدوري في مختصره وعند
الشافعي يجب عشر قيمة الام سواء كان الجنين ذكرا او انثى له ان الجنين في معنى طرف من اطراف
الام فصار بمنزلة قطع اصبع من اصابعها ولانا لو اوجبنا عشر قيمة الام اوجبنا شيئا يعلم ويوقف
عليه ولو اوجبنا نصف عشر قيمته لو كان حيا او عشر قيمته ان كان انثى اي قال القدوري في مختصره
وعند الشافعي يجب عشر قيمة الام سواء كان الجنين ذكرا او انثى له ان الجنين بمعنى طرف من اطراف
الام ان كان ذكرا او عشر قيمته ان كان انثى لاوجبنا شيئا لا يوقف عليه لان القتل تحقق قبل الانفصال
ولا يعلم له قيمة قبل الانفصال ولنا ان المقتول هو الجنين فكان ايجاب قيمته اولى من ايجاب قيمة
غيره لان الضمان يجب جبرا للفائت فكان اعتبار قيمة الفائت اولى ولان ضمان الجزء انما يجب اذا
ظهر النقصان في الذات بفوات الجزء والا فلا الا ترى ان انسانا لو قلع سن آخر فنبتت مكانها اخرى
لا يجب الضمان وفي الجنين لا يعتبر النقصان لان الام وان لم ينقص بالقاء الجنين يجب ضمان الجنين
فعلم ان الواجب في الجنين بدل النفس لا بدل الجزء فيعتبر قيمة نفسه لا امه ولكن لم نوجب كل القيمة
بل اوجبنا نصف عشر القيمة او عشر القيمة اعتبارا بجنين الحرة لان القيمة في العبد كالدية في الحر
ولان اعتبار الجنين بامه تؤدي الى ان يجب الضمان فيه حيا اقل مما يجب فيه ميتا الا ترى انه لو
كان قيمة امه عشرة آلاف وقيمته لو كان حيا مائة فلو القته حيا ثم مات وجب فيه مائة ولو القته
ميتا وجب فيه الف فيكون قيمته ميتا عشرة اضعاف ما يجب فيه حيا فان قيل انتم فضلتم
الانثى على الذكر في جنين الامة فاوجبتم فيها عشر الدية وفي الذكر نصف عشر الدية وذلك لا يجوز
وسويتم بينهما في جنين الحرة قلنا الاصول في الديات كلها مبنية على الاختلاف لانه يجب في السن
الواحد خمس من الابل وفي اصبع عشر من الابل وفي يد واحدة نصف الدية وفي الاربعة دية كاملة
وفي النفس التي تاتي على الاطراف كلها دية وكذلك يجوز ان يختلف جنين الحرة والامة ولا التسوية
بينهما لانا اوجبنا في جنين الحرة في الذكر نصف عشر الدية وفي الانثى عشر الدية وفي جنين الامة

كذلك ان صار في الذكر نصف عشر قيمته وفي الانثى عشر قيمتها وقوله انه كجزء منها قلنا لو كان كجزء لكان
الارش لامه كارش طرفها ولكانت الكفارة على اصلهم كما تجب بالطرف ثم ينبغي لك ان تعلم ان
جنين امة علقت من سيدها او علقت من مغرور فيكون الولد حرا كجنين الحرة وجنين المسلمة والكافرة
سواء وبه صرح في شرح الطحاوي وقال الكرخي في مختصره فان ضرب بطن امة فالقت جنينا ميتا ففيه
نصف عشر قيمته ان كان ذكرا وعشر قيمته ان كان انثى فان خرج حيا ثم مات ففيه قيمته وان خرج
بعد موتها ميتا فلا شيء فيه وان خرج بعد موتها حيا ثم مات ففيه قيمته وما وجب في جنين الامة
فهو في مال الضارب يؤخذ به حالا في ساعته وروى ذلك معلى عن ابي يوسف وكذلك روى الحسن بن زياد
عن ابي حنيفة وزفر وابي يوسف قال وبه نأخذ وروى الحسن عن ابي يوسف ان جنين الامة اذا
وقع ميتا فلا شيء فيه وهو قول الحسن وان القته حيا ثم مات ففيه قيمته حالا وكذلك روى ابن رستم
عن ابي يوسف وروى هشام عن محمد ان ابا يوسف قد قال ان في جنين الامة ما نقص الام
قال هشام فاما محمد فلم يعرف به الى هنا لفظ الكرخي في مختصره قوله ويعتبر به اي يعتبر ضمان
الجنين بنقص الجنين لا بامه وقال ابو يوسف يجب ضمان النقصان هذه رواية هشام والثابت
بظاهر الرواية عنه مرت آنفا قال القدوري في شرحه وهذا فرع على اختلافهم في ان الجناية
على العبيد ضمانها ضمان الجنايات او ضمان الاموال فعند ابي حنيفة ومحمد ان ضمانها ضمان الجنايات
ولهذا لا يزاد على الدية والجنين يتقدر في الجناية بالارش من الام فاما على مذهب ابي يوسف
فان ضمانها ضمان الاموال ولهذا لا يتقدر عنده ولا تتحمله العاقلة فصار جنينها كجنين الدابة
فيجب فيه ما نقص الام قوله على ما نذكره اشار به الى ما ذكره في باب جناية المملوك في اول
الفصل الذي بعده في مسئلة قتل العبد خطأ بقوله لهما ان الضمان بدل المالية قوله
فان ضربه فاعتق المولى ما في بطنها ثم القته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وان
مات بعد العتق وهذه من خواص الجامع الصغير الا انه لم يذكر فيه ولا تجب الدية وان مات
بعد العتق ولفظ محمد في اصل الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يضرب بطن امته
فيعتق المولى ما في بطنها ثم تلقيه حيا ثم يموت قال ضمنه قيمته حيا الى هنا لفظ محمد وذلك لان
الهلاك بالضرب السابق على العتق ووقت الضرب كان رقيقا فيضمن قيمته رقيقا حيا اعتبارا لحالة
السبب وهو حال الضرب وحال التلف اعني انا اوجبنا القيمة لا الدية نظرا الى حال الضرب فاوجبنا
قيمته حيا لا مشكوكا في حياته نظرا الى حال التلف قال الفقيه ابو الليث ولم يذكر محمد في الجامع الصغير

ان القيمة تكون للمولى او يكون ميراثا من المضروب فيجوز ان يقال تكون القيمة ميراثا لان المولى لما
اعتقه فقد ابطل حق نفسه وصار في الميراث حكمه حكم الاحرار ويجوز ان يقال ان القيمة للمولى
لانه لما وجب على القاتل القيمة صار كان الرجل قتل مملوكه لان وجوب الضمان استند الى الضرب ووقت
الضرب كان مملوكا كذا قال الفقيه وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير قال مشايخنا
يريد بالقيمة الدية لان الضرب وقع بالام فلم تعتبر جنايته في حق الولد الا بعد ان ينفصل حيا ولذلك
لم تنقطع سرايته لانه في التقدير واقع بعد العتق وبعد الانفصال لانه بالانفصال صار شخصا منفردا
وقال بعضهم بل المراد به حقيقة القيمة لان الجناية قد تمت من الجاني لكنها لم تعتبر في حق الجنين
مقصودة الا بعد الانفصال فاشبه الرمي الذي تم من الرامي ولم يعتبر في حق المرمي الا بعد الاصابة
فاذا وجد العتق بعد تمام العلة لم يعتبر العتق عند ابي حنيفة وابي يوسف حتى وجب ضمان القيمة
قال فخر الاسلام وان كان هذا بالاتفاق صار حجة لهما على محمد فيمن رمى عبدا فاعتقه مولاه
ثم وقع السهم به فعند ابي حنيفة وابي يوسف تجب قيمة العبد للمولى على الرامي وعند محمد يجب فضل ما
بين قيمته مرميا الى غير مرمي وقد مر ذلك في باب اعتبار حالة القتل وقال صاحب الهداية وقيل
هذا عندهما اي جواب الجامع الصغير عندهما عند بعض المشايخ اعني قوله ضمنه قيمته حيا فاما
عند محمد يجب قيمته ما بين كونه مضروبا وبين كونه غير مضروب اي يجب تفاوت ما بينهما حتى لو كانت
قيمته غير مضروب الف درهم وقيمته مضروبا ثمانمائة يجب على الضارب مائتا درهم قيل هذا على
قول محمد مثل قوله في الرمي فالعتق قبل اصابة السهم بعده قوله على ما سيأتيك من بعد اي في باب جناية
المملوك في مسئلة من قطع يد عبده فاعتقه المولى ثم مات من ذلك قوله قال ولا كفارة في الجنين
اي قال القدوري في مختصره قال الكرخي في مختصره قال محمد ولا كفارة على الضارب وان سقط
كامل الخلق ميتا ولا كفارة فيه الا ان يشاء ذلك فان فعل ذلك فهو فضل وليس ذلك عليه عندنا بواجب
وليتقرب الى الله بما استطاع من خير ويستغفر الله تعالى مما صنع وهذا قول ابي يوسف وقولنا
الى هنا لفظ الكرخي وعند الشافعي تجب الكفارة في الجنين كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي وذكر لان الجنين نفس من وجه فتجب الكفارة كما لو قتله بعد الانفصال ولنا ان القتل انما
يتحقق اذا كانت حياة الجنين معلومة وجائز ان تكون الحياة لم تخلق فيه فلا يتحقق القتل ولا
كفارة بدون قتل النفس ولان الكفارات لا تعرف اثباتها الا بالتوقيف اذ لا قياس فيها فلم يوجد
منها فلا تثبت اما الاتفاق فظاهر عدمه لوجود الاختلاف وكذا التوقيف لان النبي صلى الله عليه وسلم

اوجب في الجنين الغرة ولم يوجب الكفارة حيث لم يبينها ولو كانت واجبة لبينها لان تاخير البيان لا يجوز عند مساس

الحاجة ولان الكفارات فيها معنى العقوبة وقد وردت في النفوس المطلقة والجنين ليس بنفس مطلقة

ولانه في معنى الجزء من وجه بدليل انه يعتق بعتق الام وتتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها ولا يكمل ارشه

كسائر الاجزاء حيث لا يجب فيه دية كاملة فلما لم يكن الجنين نفسا مطلقة لم يجز اثبات الكفارة فيه قياسا

على النفوس المطلقة لان القياس لا يجري في العقوبات ولان ما ليست بنفس مطلقة ليست في معنى النفس

المطلقة فلا يصح القياس مع عدم المماثلة بين المقيس والمقيس عليه قوله فلا يتعداها اي الكفارة لا تتعدى

النفوس المطلقة يعني لا تثبت الكفارة في غير النفوس المطلقة قوله ولهذا لم يجب كل البدل اي ولاجل ان

الجنين ليس بنفس مطلقة اي ليس بنفس من كل وجه لم يجب فيه كل بدل النفس وهو الدية الكاملة بل

وجبت فيه الغرة قوله قالوا الا ان يشاء ذلك اي قال اصحابنا جميعا وهم ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد

لا تجب الكفارة في الجنين الا ان يشاء بها الضارب فكان ذلك افضل لانه ارتكب محظورا فيتقرب

بالكفارة ان شاء بالاستطاعة قوله والجنين الذي استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في هذه

الاحكام يعني اذا استبان بعض خلقه ولم يتم فحكمه كحكم الجنين التام اذا اسقط ذكره تفريعا على مسئلة

المختصر وذكر لان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الجنين بالغرة ولم يفصل عليه الصلاة والسلام قال في

الجنين غرة مطلقا وهي معنى قوله لاطلاق ما روينا ولانه اذا استبان بعض خلقه مثل الشعر والظفر

فهذا علامة انه ولد وهو كتام الخلق ولهذا تنقضي العدة به وتصير المراة به نفساء وتصير الامة ام ولد

اذا ادعاه المولى وكذلك تنقطع الرجعة به ولا يطاها الزوج في نفاسها وقال في الفتاوى الصغرى

المراة اذا ضربت بطن نفسها متعمدة او شربت متعمدة دواء تسقط ولدها فسقط يضمن عاقلتها

الغرة ونقله من الزيادات وقال في الواقعات في باب الديات بعلامة الواو امراة شربت دواء

لتسقط ولدها عمدا فالقت جنينا حيا ثم مات فعلى عاقلتها الدية في ثلاث سنين ان كانت لها عاقلة

وان لم يكن فذلك في مالها ولا ترث منه شيئا وعليها الكفارة ولو القت جنينا ميتا تجب الغرة على العاقلة

في سنة واحدة ولو كان الشرب لاصلاح البدن فلا شيء عليها ولا ترث منه شيئا **فصل في**

احداث الشيء الى الطريق لما فرغ من بيان القتل على سبيل المباشرة شرع فيما يكون سببا للقتل

تسببا كالجرصن ونحوه لان المباشرة اصل لحصول القتل بلا واسطة وما ذكر اكثر وقوعا فكان

الحاجة الى ذكره اسبق فقدم قوله قال ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا او ميزابا او جرصنا او بنى دكانا

فلرجل من عرض الناس ان ينزعه اي قال في الجامع الصغير وصورتها في اصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب

عن ابي حنيفة في الرجل يخرج في الطريق الاعظم كنيفا او جرصنا او ميزابا او اسس دكانا قال فلرجل من عرض

الناس ان يجيء فينزع ذلك كله وقال لصاحب هذه الاشياء التي ذكرت ان ينتفع بها اذا كانت لا تضر بالمسلمين

وان كانت تضر بالمسلمين فاني اكره ان ينتفع شيئا من ذلك وكذلك البالوعة يحفرها في الطريق الاعظم

قال يمنع من ذلك فما كان السلطان هو امرهم بحفرها واجبرهم عليها فلا ضمان عليهم فيما وقع فيها وان كانوا

حفروها بغير امر السلطان فهم ضامنون الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وذكر لان طريق المسلمين حق عامتهم

فاذا شغله بالبناء يحق له كان لواحد منها اهل الطريق دفعه قال فخر الاسلام البزدوي ويدخل في الرجل من عرض

الناس الكافر لان الكفارة استحقاق الطريق مثل المسلمين ويسع للعاملين ان ينتفع بها ما لم يضر بالمسلمين

لانه من جملة المسلمين وله حق الانتفاع ما لم يضر بالمسلمين كالمرور فاذا اضر بالمسلمين كره الانتفاع به

لان ما كان من حقوق العامة فالانتفاع به يكون حقا لا ملكا فيكون مباحا بشرط السلامة وعدم التعدي

وكذلك البالوعة يحفرها في الطريق لما قلنا فاذا كان السلطان امره بحفرها واجبره على ذلك فلا ضمان عليه

فيما عطب فيه لان للسلطان ولاية على عامة المسلمين فكان امره كامر المسلمين ومن حفر بئرا في دار

انسان باذن صاحبها لا يضمن اذا وقع فيها انسان كذا ههنا وكذا الجواب فيما تقدم من المسائل ان

كان باذن الامام فلا ضمان عليه في شيء من ذلك وان كان بغير اذن الامام ضمن وانما يجعل للسلطان امر

بذلك اذا كان لا يضر بالعامة بان كان في الطريق سعة فاما اذا اضاق الطريق فلا يجعل له الامر بذلك

كذا ذكر فخر الدين قاضي خان في شرحه والكنيف المستراح والجرصن جذع يخرجه الانسان من الحائط

الى الطريق ليبني عليه وفسره ابو الليث بالبرج الذي يكون في الحائط وقال فخر الاسلام اختلف فيه

فقال بعضهم هو البرج وقال بعضهم هو مجرى ماء مركب في الحائط ماء فكيف ما كان فهو يشغل

المسلمين وهو فارسي معرب اذ ليس في العربية كلام على هذا التركيب اعني الجيم والراء والصاد

بل مهمل في كلامهم وفي الجمهرة ضربت عرض الحائط وعرض الجبل وكذلك عرض النهر بالضم حيث وارديه

هنا امتعوا الناس دارا لهم وفي بعض النسخ او اجبرهم والفقيه ابو جعفر ذكر في الكشف كذلك

ويجوز ان يكون الامر والجبر واحدا لان العامة لا يجوز لهم الخروج عن امر الامام فصار امره اجبارا

قوله فيلحق ما في معناه به اي يلحق ما في معنى المرور من عدم المضرة بالمرور يعني يجوز له الانتفاع

بالجرصن ونحوه ما لم يضر بغيره كالمرور قوله اذا المانع متعنت اي المانع من الانتفاع بما لا ضرر فيه

لاحد متعنت والمتعنت هو الذي يخاصم فيما لا ضرر له فيه لنفسه ولغيره قوله لا ضرر ولا ضرار

في الاسلام والضرر بمعنى الضر وهو ضد النفع وهو يكون من واحد والضرار بمعنى المضارة

وهو يكون من اثنين اي لا ضرر في الاسلام ابتداء ولا جزاء والضرر في الجزاء ان يتعدى المجازي
من ضرره قدر حقه في القصاص وغيره قوله قال وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ ان يشرع كنيفا
ولا ميزابا الا باذنهم اي قال في الجامع الصغير والدرب الباب الواسع والمراد هنا السكة الواسعة
قال فخر الاسلام والمراد بغير النافذة المملوكة وليس ذلك بعلة الملك وقد تنفذ وهي مملوكة وقد تسد منفذها
وهي للعامة لكن ذلك دليل على الملك غالبا فاقيم مقامه ووجب العمل به حتى يقوم الدليل على خلافه هكذا
قال في شرحه وذلك لان السكة لما كانت مملوكة لاهلها كانت مشتركة بينهم فصارت بمنزلة دار مشتركة
بين قوم فليس لواحد منهم ان يحدث فيها شيئا بغير رضا شركائه سواء اضر بهم او لم يضر فكذلك ههنا
ليس له ان يفعل ذلك سواء اضر بهم او لم يضر الا باذن الكل وهم كلهم بالعون كذا قال الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير وهذا بخلاف الطريق الاعظم فان ثمة يباح له التصرف الا اذا اضر وههنا لا
يباح الا اذا وجد الاذن لان الطريق الاعظم ليس بمملوك بل هو حق الكل وجعل في حق كل واحد كانه
حقه ليتمكن من المرور فيه اما ههنا لا حاجة الى ان يجعل السكة كانها ملك كل واحد في حق المرور
والانتفاع به لان كل واحد يتمكن من الانتفاع به باذن الشركاء واذا لم يعتبر كذلك يكون منتفعا
في ملك مشترك فيتوقف على الاذن يقال اشرع بابا الى الطريق اي فتحه واشرع رمحه اي رفعه
وقال في العيون لو ان سكة فيها دور فرضي اصحاب الدور ان يجعلوا في هذه السكة فزلق به انسان
او دابة قال محمد ان كانت السكة لا منفذ لها فلا ضمان عليهم وان كان لها منفذ وانه طريق نافذ
يضمن الذي رش الثلج فيها قال الفقيه وهذا جواب القياس ونحن نستحسن ونقول لا يجب
عليهم الضمان سواء كانت السكة نافذة او غير نافذة لان فيه بلوى عاما قوله قال واذا اشرع
في الطريق روشنا او ميزابا او نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته اي قال
القدوري في مختصره قال الحاكم الشهيد في مختصره اذا وضع الرجل في الطريق حجرا او بنى فيه
بناء او اخرج جذعا او صخرة شاخصة في الطريق او اخرج كنيفا او ظلة او ميزابا او ظلة
او وضع في الطريق جذعا فهو ضامن لما اصاب من ذلك كله وذلك لانه متعد في ذلك كله بشغل هواء
المسلمين او طريق المسلمين وهو شرط التلف لانه لولا وضعه هذا لما عثر به انسان ولولا اخراجه
الظلة او الكنيف او الميزاب لما سقط وقد عرف ان شرط العلة ملحق بالعلة في موضع التعدي صيانة
لاموال الناس ولا يقال في اخراج الميزاب الى الطريق ضرورة للحاجة الى تسييل ماء المطر لان هذه

الضرورة تندفع

الضرورة تندفع من غير شغل الهواء للمسلمين بان يركبها في الحائط ثم التالف اذا كان ادميا فالدية على العاقلة
وان كان غير ادمي فالضمان في ماله لان العاقلة لا تتحمل غير الادمي كالديون قال الكرخي في مختصره فما كان من
جناية بذلك في بني ادم فهو مضمون على العاقلة اذا بلغ القدر الذي عرفتك ان العاقلة تحمله وما لم يبلغ ذلك
فهو في ماله وما كان من جناية على غير بني ادم فهو في ماله دون عاقلته والروشن الممر على العلو مثل الرف
كذا قال المطرزي وقيل الروشن هو الخشبة الموضوعة على جدار السطحين ليتمكن من المرور قوله وكذلك
ان سقط شيء مما ذكرنا في اول الباب اي تجب الدية على العاقلة ايضا اذا وقع الكنيف او الميزاب او الجرصن
او الدكان المبني على الطريق على انسان فمات قوله وكذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به دابة يعني اذا
عثر به انسان فعطب تجب الدية على العاقلة واذا عطبت به الدابة يجب ضمانها في ماله والنقض بضم النون
وسكون القاف اسم البناء المنقوض كذا في ديوان الادب وروي عن بعضهم بكسر النون قوله وان عثر بذلك
رجل فوقع على اخر فماتا فالضمان على من احدثه فيهما اي في الرجلين ذكره تفريعا على مسئلة المختصر يعني يجب
ضمان الرجلين على المحدث في الطريق قال في شرح الكافي اما في حق الذي عثر فلا يشكل وكذلك في حق الذي
سقط عليه لانه يصير كالدافع اياه عليه يعني يصير المحدث في الطريق كالدافع للعاثر على الذي سقط العاثر
عليه واذا نحى رجل شيئا من ذلك عن موضعه فعطب به اخر فالضمان على الذي نحاه وقد خرج الاول من الضمان
لان هذا الشغل قد حصل بفعل الذي نحاه وهو متعد في ذلك وهذا يقطع اثر فعل الاول فيكون الضمان
على الثاني قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي فان قالوا المحتسب فيما يفعل حيث اماط
الاذى عن الطريق قلنا بلى ولكنه اخطأ الحسبة حيث شغل مكانا (موضعا) اخر من الطريق والحسبة التامة
ان يطرحه في موضع لا يكون ممرا او يطرحه في حفرة في الطريق حادثة تمتلي الحفرة فيصير محتسبا
من وجهين قوله وان سقط الميزاب نظر الى اخره المسائل المذكورة من ههنا الى قوله ومن حفر بئرا
في طريق المسلمين ذكرت تفريعا وهي من مسائل الاصل كان في شرح الطحاوي اذا اخرج الرجل من داره ميزابا
الى الطريق فسقط على رجل فقتله فان اصابه الطرف الداخل لا يضمن شيئا لان ما كان في ملكه ليس بجناية
وان اصابه الطرف الخارج يضمن وان اصابه الطرفان جميعا يضمن النصف وان كان لا يدري فالقياس
ان لا يضمن لانه دائر بين الوجوب والسقوط لانه لو اصابه الطرف الداخل لا يضمن وان اصابه الطرف
الخارج يضمن فوقع الشك فلا يضمن بالشك وفي الاستحسان يضمن النصف لان اخراج الميزاب جناية
وما كان في الحائط ليس بجناية فيجعل كانه اصابه الطرفان جميعا قوله ولا كفارة عليه ولا يحرم من الميراث
اي لا كفارة على محدث الطريق ونحوه في الطريق اذا مات به انسان ولا يحرم من الميراث ايضا اذا
الميزاب

مات به قريبه وذلك لانه ليس بقاتل حقيقة لان القتل فعل الذي اوقع الفعل في المقتول بل هو قاتل
تسبيبا والكفاره وحرمان الميراث يثبتان بالقتل حقيقة ولم يوجد فلا يثبتان قوله ولو اصابه
الطرفان جميعا اي اصاب طرفا الميزاب الداخل في الحائط والخارج عنه قوله اعتبارا للاحوال يعني يضمن في
حال النظر الى الخارج بمن الحائط ولا يضمن في حال النظر الى الداخل فيضمن نصف الضمان قوله كما اذا
جرحه سبع وانسان قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا جرح الرجل رجلا جراحة او جراحتين
وجرحه سبع فمات من ذلك فان على الرجل نصف الدية ونصفها هدر وكذلك لو جرحه السبع جراحتين
والرجل جراحة واحدة وذلك لان جراحة السبع هدر وجراحة الادمي مضمونة فانقسم الضمان عليهما فوجب
على الجارح النصف وسقط ما اصاب جراحة السبع لانه هدر ومن هذا الجنس ما قال في ديات الاجناس
نقلا عن نوادر هشام قال قلت لمحمد رجل في يده ثوب فتشبث بالثوب رجل فجذب صاحب الثوب
ثوبه من المتشبث فانخرق الثوب قال محمد يضمن الممسك نصف الثوب ولو جذب الذي
ليس له الثوب فتخرق فهو ضامن جميع الخرق وفي نوادر ابن رستم رجل جلس على ازار رجل فنهض
الرجل وهو لا يعلم فتخرق ازاره فان الجالس ضامن وقال محمد في نوادر هشام يضمن نصف ما تخرق
لانه لم يكن له ان يجلس على ثوبه فصار كمن جلس في ملك غيره فسقط انسان عليه ومات الاعلى ضمن الاسفل
وفي نوادر ابن رستم قال ابو حنيفة صبي في يد ابيه يجذبه انسان من يد ابيه والاب يمسكه حتى مات
فدية الصبي على الذي جذبه ويرثه ابوه ولو جذباه حتى مات فالدية عليهما ولا يرثه ابوه لانه مات
من فعل الاب الى هنا لفظ الاجناس قوله ولو اشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فاصاب
الجناح رجلا فقتله او وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها فتركها المشتري
حتى عطب به انسان فالضمان على البائع قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا اشرع الرجل جناحا الى
الطريق ثم باع الدار واصاب الجناح رجلا فقتله فالضمان على البائع فكذلك الميزاب ونحوه ولو كان له
حائط مائل الى الطريق فاشهد عليه ثم باعه فسقط على انسان فمات فانه لا يجب شيء على البائع
وانما كان كذلك لان في اشراع الجناح لا ينعدم الجناية بالبيع وهو الاشراع فان اثره قائم حقيقة وهو
شغل هوا المسلمين وفي الحائط جنايته في ترك الاصلاح لا في شغل الهوا لانه لا صنع له في ذلك
وترك الاصلاح انما يكون جناية في حال يقدر على الاصلاح لا في حال لا يقدر ومتى زال عن ملكه زال
ما به يوصف فعله بالجناية فلا يبقى حكم الجناية والتفصيل في مسئلة الميزاب مر قبل هذا قوله ولو وضع
في الطريق جمرا فاحرق شيا يضمنه وذلك لانه محصل شرط الاحراق وهو متعد فيه قال الحاكم

وان حركته الريح فذهبت الى موضع اخر ثم احرق شيا فلا ضمان عليه وكذلك كل شيء وضعه في الطريق
فتغير عن ذلك الموضع فقد برئ من الضمان لانه لا يبقى اثر الفعل الاول وهو كونه موضوعا في ذلك
لاعتراض فعل اخر عليه فانقطعت النسبة كذا في شرح الكافي وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه يعني اذا
كانت الريح متحركة حين رمى الجمر على الطريق ثم حركت الريح الجمر عن مكانه فاحرق شيا يضمنه وهو
اختيار الامام السرخسي وكان شمس الائمة الحلواني لا يقول بالضمان اذا حركته الريح عن مكانه من غير
تفصيل وباقي البيان المتعلق بهذا المكان مر في اخر كتاب الاجارات قوله ولو استاجر رب الدار
الفعلة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم اي الضمان
على الفعلة لا على رب الدار وهو المستاجر يعني لو سقط من عملهم وهم يعملون كان الضمان عليهم لان
فعلهم صار قتلا حقيقة لظهور اثر فعلهم وهو التلف بالسقوط عليه ولهذا وجب عليهم الكفارة
وانما استاجرهم على فعل العمارة لا على القتل فلا ينتقل فعلهم الى رب الدار من حيث انه قتل بل يقتصر عليهم
وان سقط بعد فراغهم من العمل فلا ضمان على الفعلة وانما الضمان على رب الدار استحسانا لانه استاجرهم
صحيح على هذا من حيث انه اصلاح ملكه فينتقل فعلهم اليه فصار كانه هو الذي اشرع بنفسه فيكون
الضمان عليه استحسانا للاثر الذي جاء في مثله عن شريح انه قضى بالضمان على رب الدار وهذا لان له
ان يحدث في فنائه ما لا يتضرر به غيره مقيدا بشرط السلامة لكون الفنا غير مملوك له ولهذا اعتبر امره
فلما هلك انسان بذلك صار رب الدار كانه فعل بنفسه لان فعلهم صار منتقلا اليه قوله الفعلة
جمع الفاعل كالكتبة جمع الكاتب قوله وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب به انسان او دابة وكذا اذا رش
الماء او توضأ يعني يضمن الراش لما قلنا لوجود التعدي منه ولا ضمان في سكة غير نافذة على الراش اذا كان
من اهلها قال في التتمة ودي الصغرى اذا احدث في سكة غير نافذة شيا ينظر ان كان حدثا ليس
بسكنى فتلف به انسان لا يضمن حصته ويضمن حصة الشركاء وان كان حدثا من جملة السكنى
كوضع المتاع وربط الدابة لا يضمن لان من احدث في ملك مشترك شيا هو من جملة السكنى لا يضمن لان له ذلك
كذا ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده وكذا ايضا عامة ما ذكره شيخ الاسلام دار بين شريكين سكن
احدهما او وضع متاعا او ربط دابة او ادخلها فيه من السكنى لا يضمن وقال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي ولو رش الطريق فعطب انسان بموضع رشه ضمنه وكذلك الوضوء
لان الانسان يزلق عادة بموضع الرش فصار محصلا شرط التلف قال وهذا اذا رش ماء كثيرا

بحال يزلق الانسان به عادة اما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر ان الانسان لا يزلق عنه بل
ولو وقع ذلك من حرج يعني ان لا يضمن قال وهذا اذا لم يتعمد الماشي المرور في الموضع الذي صب الماء
عليه اما اذا تعمد المرور عليه فسقط لا يضمن لانه صاحب علة لان السقوط من فعله وهو متعمد كالاول
لا شرط لما واضافة الحكم الى العلة المحضة اولى فلا يرجع به صاحب الشرط **قوله** وان رش جميع الطريق
يضمن يعني وان تعمد المار المرور لا مضطرا الى المرور قال في باب السين من الواقعات
واذا امر انسانا ان يرش الدار او دابة في الطريق فساق كذا فعطب به فلا ضمان على الامر
وان لم يره بان كان ذلك في الليل فالراش ضامن **قوله** ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمانه
ما عطب على الامر استحسانا فان في فتاوى الصغرى ولو امر الاجير او السقاء بالرش فرش
فناء دكان الامر ضمن الامر دون الراش والحارس اذا رش الماء هو يضمن كيف ما كان
وقال في خلاصة الفتاوى لو امر بالوضوء في الطريق فتوضأ في الطريق فالضمان
على المتوضي والفناء ما اعد لحوائج الدار كربط الدابة وكسر الحطب وهو سعة امام الدار
قوله فتعلق به اي نشب وتعلق بالبناء **قوله** فالضمان على الاجير لفناء الامر وذلك لانه
لا حق للامر في وسط الطريق فيفسد امره فلذلك لم ينتقل فعله الى الامر البته وكان الاجير
هو المتعدي في البناء فيه فوجب عليه ضمانه **قوله** قال ومن حفر بئرا في طريق المسلمين
او وضع حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته وان تلف بهيمة فضمانها في ماله
اي قال القدوري في مختصره قال الحاكم في الكافي واذا احتفر الرجل بئرا في طريق المسلمين
في غير فنائه فوقع فيها حر او عبد فمات فذلك على عاقلة الحافر ولا كفارة عليه وذلك لان
الحافر متعد فيكون ما تلف به مضمونا على العاقلة لان الحفر ليس بموضوع للقتل الا ترى انه ليس بقاتل
حقيقة ولهذا لا تجب عليه الكفارة ولا يحرم عن الميراث لانه لا يجوز ان يكون قاتلا بالحفر لان
المقتول حي هناك ولا يجوز ان يكون قاتلا بالوقوع لانه قد يقع في البئر بعد موت الحافر ويستحيل ان
يكون قاتلا بعد موته ولكن الحافر مسبب متعد بحيث ان ضمان الادمي يتحمله العاقلة دون المال
فلذلك وجب عليهم ضمان الادمي دون البهيمة فان ضمانها عليه خاصة والرقيق يجب
ضمانه على العاقلة وان كان فيه معنى المال لانه ادمي تلف على وجه الخطاء وضمان الدية في الخطاء
على العاقلة وهذا في معنى الخطاء لانه لم يقصد الحافر من الحفر السقوط والاصل هنا ما عرف في
اصول الفقه ان الاصل في اضافة الحكم هو العلة اذا كانت صالحة للاضافة واذا لم تصلح فقد تقام الشرط

مقامها

مقامها لاشتراك الشرط والعلة في وجود الحكم عندهما صيانة للنفس والمال عن الهدر وههنا علة
التلف ثقل الماشي لا يصلح لاضافة الحكم لان الانسان مجبول عليه بخلق الله تعالى هكذا وهو امر طبيعي لا تعدي
فيه والسبب مشي الماشي وهو امر مباح لا يصلح سببا لما كان جزاء والشرط ان الة مسكة الارض بالحفر
وقع تعديا بالوقوع في غير ملكه فاضيف الحكم وهو الضمان الى الشرط خلفا عن العلة **قوله** والقى التراب
واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة يعني في وجوب الضمان **قوله** لما ذكرنا اي
لانه متعد فيه **قوله** بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان حيث لا يضمن قال
الحاكم الشهيد في الكافي ولو ان رجلا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان لم يضمن وذلك لان
الانسان لا يتعقل بموضع الكنس عادة فلا يكون فيه فعل يحصل الشرط السقوط بل هو محتسب
بما فيه الاذى عن الطريق حتى لو وضع كناسة في الطريق فعطب بها انسان يضمن لانه متعد في وضعها
بشغل طريق المسلمين وقال القدوري في شرحه وقال محمد ان وضع ذلك في طريق غير نافذ وهو من
اهله لم يضمن لانها بقعة مشتركة فهي كالدار المشتركة فيجوز لكل واحد من الشركاء الانتفاع بها
وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان امره السلطان او اجبره عليه لم يضمن وذلك
لان للامام ولاية عامة فلا يضمن ما فعل باذن الامام وقد مر هذا في اول الباب والبالوعة والبلوعة
بمعنى وهو ما يحفر في وسط الدار لاجل ماء الوضوء وماء المطر **قوله** او بالافتيات على راي الامام
والافتيات استبداد بالراي افتعال من الفوت وهو السبق **قوله** وكذا الجواب على هذا
التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة يعني اذا كان امر السلطان لا يضمن وان كان بغير
امره يضمن مما ذكرناه وغيره او بما ذكره من اخراج الكنيف او الميزاب او الجرصن الى الطريق
وبناء الدكان فيه واشراع الروشن ووضع الحجر وحفر البئر وان او بغير ما ذكره من الطين
وغرس الشجر ورمي الثلج والجلوس للبيع وكذلك ان حفره في ملكه لم يضمن يعني كما انه لا يضمن اذا
حفر البئر في طريق المسلمين باذن الامام لا يضمن اذا حفرها في ملكه بلا اذن الامام لعدم التعدي
وكذلك لا يضمن اذا احتفر في فنائه وانما قيل انما يكون له ان يحفر في فنائه وانما اذا كان
الفناء مملوكا له او كان يحيث لا يلحق الضرر بغيره لانه اذا لم يلحق الضرر بالغير يكون له التصرف فيه
مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدي اما اذا كان الفناء لجماعة المسلمين او كان مشتركا كما اذا كان
في سكة غير نافذة يجب الضمان لوجود التعدي اي يجب ضمان حصة الشركاء لا حصة نفسه وقد
مر ذلك عند قوله وكذا اذا اصاب الماء قال صاحب الهداية وهذا صحيح اي هذا الجواب صحيح
وهو انه يضمن اذا كان الفناء مشتركا او كان لجماعة المسلمين وقال شيخ الاسلام

علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا احتفر الرجل بيرا في طريق مكة او غيره فلم من البير في فلا ضمان عليه
في ذلك وليس هذا الا للامصار لانه غير متعد فيما فعل لان البير في علي الاباحة الاصلية لا حق لاحد فيها
ولا اختصاص ومن سبق يده تصرفا فيه صار اخص به ولهذا ايملك تملك الحجرة فضمان عند النزاع
منه بمنزلة المملوك له قال الاترى انه لو ضرب هناك فسطاطا او اتخذ تنورا اخبز فيه او ربط دابته
لم يضمن ما اصابه ذلك اشارة الى انه يتصرف في موضع هو سبيل منه فلا يوصف فعله بالتعدي وقالوا
هذا اذا احفر في غير ممر المسلمين اما اذا احفر في ممرهم فينبغي ان يضمن لانه متعد فيما فعل وضمان
ذكره طريق الامصار سواء قوله ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا او غما لا ضمان على الحافر
عند ابي حنيفة وهذه من مسايل الاصل ذكرها تفريعا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
ثم الضمان انما يجب على الحافر او على الامر بالحفر اذا مات الساقط بالسقوط اما اذا مات منه جوعا
او غما لولا ذكرنا اصحابه هذا وابو يوسف يقول ضمنه غما بسبب فيشاء هواء البير فضمان ذلك مضاف
الى الحافر اما الجوع فلا نسبة له الى الحافر بوجه وفي ظاهر الرواية لا يجب لانه يضاف الى الحفر ما هو من
لوازمه والسقوط من لوازمه اما الجوع والغم فليس من لوازم السقوط وقوله غما اي اختناقا
بسبب العفونة ماخوذ من قولهم يوم غم اذا كان ياخذ النفس من شدة الحر قوله واذا استاجر
اجرا لحفر له بيرا في غير فنايه فذكر على المستاجر ولا شي على الاجرا ان لم يعلموا انها في غير فنايه
قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي فان كان استاجر عليها اجراء فحفروا
فذكر على المستاجر ولا شي على الاجرا اذا لم يعلموا انها في غير فنايه وان علموا فذكر الضمان على
الاجرا دون الامر لانهم اذا لم يعلموا انها في غير فنايه او في غير ملكه كان امره صحيحا من حيث
الظاهر وذلك كان ينقل الفعل الى الامر وهذا لانا لو قلنا ان نقل الفعل بتضمينه الاجراء نحتمد
صحة الامر حقيقة ادى الى الضرر بالاجراء اذ يمتنعون من العمل لغيرهم مخافة لزوم العهدة
وبالناس حاجة فجعلنا الصحة من حيث الظاهر كصحة الامر من حيث الحقيقة لنقل الفعل الى المستاجر
واذا علموا انه في غير فنايه فقد علموا انه امرهم بامر باطل فلا يضاف فعلهم اليه فان قيل لو كان
ينبغي ان يضمنوا ثم يرجعوا بالضمان على الامر كالمودع اذا استحقت الوديعة في يده وقد هلكت فانه
يضمن ثم يرجع بذلك على المودع لانه امين لحقته العهدة بسبب عمل وقع له بامره قلنا لا يشبه هذا
فصل الوديعة لان ثمة سبب الضمان متعدد كما وجد من المودع وجد من المودع ولهذا اخيرناه
في التضمين ولكن لو ضمن المودع يرجع عليه لانه ضمنه بسبب منه الذي عمل فيرجع عليه بحكم الكفالة
دلالة اما ههنا فسبب الضمان واحد فاما ان نعتبره في موضعه او نقل والقول بالنقل ممكن لانه باع عمله

اذا اثر عمله وقد سلمه اليه حين هو سبيل التسليم اليه فخرج من البين ولانا لو قلنا باتباع الاجراء ثم الرجوع
ادى الى ابطال حقوق الناس لان الاجرا قلما يعرفون بخلاف المودع قال وان كان في فنايه فهو على الامر
دون الاجرا ان علموا او لم يعلموا يعني علموا انه ملكه او لم يعلموا اما اذا لم يعلموا فظاهر وكذلك اذا علموا
لان الاشتباه قايم مع هذا لانهم متى ... او ينتفع به انتفاع الملك من النزول عنده والركوب وربط الدابة
وحط الرحل فيخيل عنده انه له هذا النوع من التصرف وقد ذكرنا انه في موضع اشتبه الامر جاز نقل
فعل الاجير اليه لما ذكرنا ان صحة الامر ظاهرا كان لنقل الفعل الى الامر قال في الكتاب بلغنا نحو ذلك
عن شريح كذا في شرح الكافي وقال القدوري في شرحه اذا كان في فنايه فقد روي عن شريح انه ضمن
عمرو بن الحرث قيمة بغلة وقعت في بير حفرها وقد كان عمرو بن الحارث احد الروسا وهو لا يحفر بيرا
بنفسه وانما استاجر من يحفرها وقد منه شريح بحضرة السلف قوله وان قال لهم هذا فنايي
وليس له حق الحفر القدم فحفروا ومات فيه انسان فالضمان على الاجرا قياسا لانهم علموا فسادا
الامر فما غرهم وفي الاستحسان الضمان على المستاجر قال في الفتاوى الصغرى ولو استاجر رجلا
ليحفر له بيرا في فناء داره فحفر بيرا او فرغ من العمل ثم وقع فيه انسان ان كان اخبر المستاجر الاجير
ان له حق الحفر فالضمان على الامر وان كان اخبره انه ليس له حق الحفر فالقياس ان يكون الضمان على
الاجير وفي الاستحسان يجب على الامر ان كان بعد الفراغ من العمل بخلاف الامر بذبح الشاة واشراع
الجناح لان هناك اذا لم يعلم المامور يضمن المامور ثم يرجع على الامر وههنا لا يضمن المامور اصلا
لان هناك هما مباشران والمباشر يضمن متعديا كان او لم يكن لكن يرجع اذا كان مغرورا وههنا كل
واحد منهما مسبب والمسبب انما يضمن اذا كان متعديا والمتعدي ههنا الامر دون المامور قوله
قال ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي جعل القنطرة
وكذلك ان وضع خشبة على الطريق فتعمد رجل المرور عليها اي قال في الجامع الصغير وذلك لان الذي
نصب القنطرة على نهر بغير اذن الامام متعد اذا لم يكن ثمة قنطرة في القديم ولكنه مسبب وانما
يضاف الحكم الى صاحب السبب اذا لم يكن صاحب العلة صالحا لاضافة الحكم اليه بان كانت مباحة فاما اذا
استويا في العدوانية فالاضافة الى صاحب العلة لانها بالاضافة اولى لكونها اقوى فلما تعمد المرور
على القنطرة او على الخشبة فقد تعدى وظلم نفسه فلا يضاف الى المسبب كمن حفر بيرا على قارعة الطريق فجاء
انسان فاوقع نفسه لا يجب الضمان على الحافر فكذا هذا فصار كرجل دفع دابته على الطريق
فجاء رجل فنخسها فرمحته اذ كره ثمة لا يجب الضمان على الموقف ولان تخلل فعل فاعل مختار بين السبب والحكم

فيقطع نسبة الحكم الى السبب كالحافر على قارعة الطريق مع الدافع حيث يضاف الضمان الى الدافع
لا الى الحافر **قوله** قال ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على انسان فعطب به فهو ضامن وكذلك اذا سقط
فتعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن اي قال في الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يحمل الشيء في الطريق فيسقط عنه ذلك الشيء فيعطب به
انسان فيموت قال الحامل ضامن وان كان رداء هو لابسه فسقط عنه فعطب به انسان قال لا يضمن
وقال ايضا فيه عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يسوق دابة عليها سرج فيقع السرج على انسان
فيقتله قال السائق ضامن الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير والفرق ان حمل الشيء على الراس او العاتق حفظ
ثم قصد فاذا قصر حتى سقط كان ذلك تقصيرا فاضيف اليه فضمانه بالحمل سببا وهو مباح مقيد بشرط
السلامة فاذا اضيف اليه التلف كان ضامنا وكذلك السرج من الاحمال فاما الرداء فمتاع لبدنه لكن ليس
للحفظ بل الحفظ فيه تبع فلم يجعل سقوطه مضافا اليه فلم يضمن قال الكرخي في مختصره قال محمد
قال ابو حنيفة اذا كان الرجل يمشي في الطريق وعليه شيء لابسه سيف او طيلسان او فرو فوقع ذلك عنه
فعطب به عاطب فقتله او وقع على انسان فاعطبه او وقع في الطريق فتعثر به عاثر فلا ضمان عليه
في شيء من ذلك ولو لم يكن لابسا لذلك ولكنه كان حاملا له فوقع منه على انسان فقتله او وقع منه
فتعثر به عاثر فهو ضامن لديته من هلك به الى هنا لفظ الكرخي وذلك لان ما يلبسه الانسان لا يمكنه
الاحتراز منه وما لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمن في الطريق لانه لا بد منه والحمل يمكن الاحتراز عنه ولا بد
منه بدل فانه يتولد منه مضمون لانه مباح مقيد بشرط السلامة الا ترى ان الله تعالى اباح الاصطياد
ورمي الصيد فلو انه رمى صيدا فوقع بشاة او انسان ضمن وكذلك لو رمى مشركا في حالة
القتال فاصاب مسلما وقد فرض الله تعالى رميه في تلك الحالة فكذا الاباحة في الحمل فاما
اللباس فامر عام يشترك فيه المسلمون جميعا وهم فيه اسوة ولا بد لكل احد منه وقال الكرخي
ايضا في مختصره قال محمد وانما نجيز من ذلك ونسقط الضمان فيما كان يلبسه الناس فاذا لبس من ذلك
ما لا يلبسونه فهو بمنزلة الحامل وضمنا ما به كما يضمن الحامل الى هنا لفظ الكرخي قال القدوري
وهذا صحيح لان ما لا يلبسه الناس لا تدعو اليه الحاجة فهو كالحمل فيكون مقيدا بشرط السلامة
قوله وهذا اللفظ اشار به الى قوله فعطب به فهو ضامن من **قوله** يشمل الوجهين اراد بهما تلف
الانسان بوقوع الشيء المحمول عليه وتلفه به بالعثار به بعد وقوعه في الطريق والفرق اي الفرق بين المحمول
والملبوس حيث يجب الضمان في الاول دون الثاني **قوله** بالتقييد بما ذكرناه اي بوصف السلامة **قوله**
اذا لبس ما لا يلبسه وهو كالجند والجوالق والدرع الحرب في غير موضع الحرب والثوب الذي احتاج اليه من

حيث الزينة ومن حيث دفع الحر والبرد **قوله** قال واذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم قنديلا
او جعل فيه بواري او حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن اي قال
في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في المسجد يكون للعشيرة فيجيء رجل من
العشيرة فيعلق فيه قنديلا او يبسط فيه بواري او حصا فيعطب به انسان قال لا شيء عليه وان
كان الذي عمل ذلك من غير العشيرة ضمن ذلك كله وان جلس رجل من العشيرة في ذلك المسجد فعطب به رجل
قال ان كان جالسا في صلاة لم يضمن وان كان جالسا في غير صلاة ضمن قال ابو يوسف ومحمد لا يضمن على حال الى
هنا لفظ اصل الجامع الصغير وقال الحاكم الشهيد في الكافي واذا احتفر اهل المسجد فيه بئرا للمطر او وضعوا
فيه حبا يصب فيه الماء او طرحوا فيه بواري او حصا او ركبوا ابوابا او علقوا فيه قنديلا او ظللوه فلا
ضمان فيمن عطب بذلك عليهم لان هذه الامور من مصالح المسجد واهله ٢ لذلك فلا يوصفون
بالتعدي وكذلك ان فعله غيرهم باذنهم وان فعل بغير اذنهم فهو ضامن في قول ابي حنيفة وقال ابو
يوسف ومحمد اذا كان مسجد عامة فلا ضمان عليهم استحسانا الا في البناء والحفر وجه قولهما ان جميع
المسلمين في ذلك سواء في المساجد وقد اذن للمسلمين في عمارته قال الله تعالى انما يعمر مساجد الله من آمن بالله
واليوم الآخر وقال الله تعالى في بيوت اذن الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه فاذا كانوا سواء كان الكل
اهلا للتصرف فيما وضع مصلحة للمسجد ظاهرا وبسط الحصير وتعليق القنديل وما اشبه ذلك من مصالح
ظاهرة فلا يمنع احد من ذلك الا ترى انه لا يمنع من الصلاة فيه فلا يمنع ايضا مما هو من ضرورات الصلاة
وبسط الحصير والاسراج من ضروراتها بخلاف البناء والحفر ولان سائر الناس متى كانوا مأذونين بالدخول
فيه والجلوس للصلاة فيه والتدريس ونحوه نزلوا من اهل المسجد منزلة المستعير من المالك في الدار
ومعلوم ان للمستعير ان يضع في الدار الحصير والقنديل وليس له ان يحفر فيها او يبني فكذا هنا ولابي
حنيفة ان هذا الرجل فعل ما فعل حيث لا ملك له ولا ولاية فيضمن كما لو حفر بئرا في المسجد فعطب بها
انسان او بهيمة انه يضمن وانما قلنا ذلك لان غير العشيرة لا يملك ذلك الا باذنهم ولهم منعه عن ذلك لاختصاصهم
بالرأي والتدبير فيه الا ترى ان نصب الامام والقيم وفتح بابه واغلاقه مفوض اليهم حتى اذا صلى
غير العشيرة فيه بجماعة فلاهل المسجد ان يصلوا فيه بجماعة من غير كراهة ويكره عكس ذلك ولان اكثر ما في
الباب ان يكون ذلك مباحا وهو غير واجب لا محالة وكان مقيدا بشرط السلامة مقيدا بالعاقبة وصار
كمن وضع في طريق المسلمين ما يصلح به المسلمين انه يضمن ما عطب به وان كان متعديا في ذلك فكذا
هذا او قصد القربة لا ينافي الضمان اذا اخطأ طريق القربة الا ترى ان من شهد وحده في الزنا يحد حد القذف

وان كان اداء شهادته حسبة لم تقبل ولكن لما لم تكمل نصاب الشهادة في الزنا وهي شهادة الاربعة
اعتبر ذلك قذفا ولا ينبغي ان يكون المسجد لجماعة المسلمين ويختص بتدبيره باهله الا ترى ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم اخذ مفاتيح الكعبة من بني شيبة فامره الله بردها عليهم بقوله تعالى ان الله
يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها والكعبة حق لجماعة المسلمين وان اختص قوم بتدبيرها
قوله قال وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن ان كان في الصلاة وان كان في غير الصلاة
ضمن وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن على كل حال وهذه من مسائل الجامع الصغير وقال صاحب الهداية
تقرير على هذا ولو كان جالسا لقراءة القرآن او التعليم او للصلاة او نام فيه في اثناء الصلاة او نام في
غير صلاة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث فهو على هذا الخلاف فاما عند ابي حنيفة يضمن وعندهما
لا يضمن وقال الحاكم الشهيد واذا قعد الرجل في مسجد جماعة او نام فيه او قام فيه من غير صلاة او مر فيه
فما اصاب به احدا فهو ضامن كما يضمن في الطريق الاعظم في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا ضمان عليه
وجه قولهما ان هذه الامور مباحة في المسجد وقد تكون قربة في بعض الاحوال اذا قصد به انتظار
الصلاة والمنتظر للصلاة كانه في الصلاة فلو فعله في حال الصلاة لم يضمن وكذلك اذا فعله في حال
هي ملحقة بالصلاة واستوضح القدوري في شرحه بقوله الا ترى ان المشي في الطريق للطاعة
لما لم يضمن اذ المشي للمعصية ولان بعض الصحابة كانوا يبيتون في المساجد وكذلك بعض الصالحين
بعدهم كانوا يختارون اطالة المكث في المسجد فلو كان ذلك امرا غير مستحسن لما اختاروا ذلك
ولابي حنيفة انه شغل المسجد بامر لم يوضع له فيتقيد بشرط السلامة كما لو قعد في طريق العامة
او قعد وذلك لان المساجد انما اعدت للصلاة فيها والذكر لله تعالى قال تعالى في بيوت اذن الله
ان ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والاصال فمن شغله بغير ذلك كان متعديا كالطريق لما
وضعت للاجتياز كان القاعد فيها ضامنا فكذا هذا ولئن كان فيه ضرب اطلاق ولكن يتقيد بشرط
السلامة كسائر المباحات فاذا انقلب فسادا تبين انه محظور بنفسه واستحقاق العقد ٢
جاز الترك قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي هذا اذا جلس للحديث
اما اذا جلس لقراءة القرآن او للذكر او للتدريس او ما شاكل ذلك من القرب وكذلك اذا جلس على انتظار
الصلاة ينبغي ان لا يضمن ما عطب به لان المساجد اعدت لهذه الامور وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح
الجامع الصغير ان قعد معتكفا فان مشايخنا اختلفوا فيه فقال بعضهم عند ابي حنيفة يضمن لانه جلس لغير
الصلاة وقال بعضهم لا يضمن لانه متقرب به وقال فخر الاسلام ايضا وان كان الرجل الجالس رجلا من غير
العشيرة فحكمه ما تبين مشكل لانه بمنزلة الرجل من العشيرة كما قالا في بسط البواري والحصا واما في قول

ابي حنيفة فيحتمل ان يضمن بكل حال وقال بعضهم بل هو عنده في حق الصلاة بمنزلة العشيرة لان المساجد اعدت
لصلاة العامة من غير خصوص وانما الخصوص فيما يرجع الى الراي والتدبير ولذلك لم يكن لغيرهم ضمان فيه
لجماعتهم لانه مما يفتقر الى الراي والتدبير فاما نفس الصلاة فمما تخص عن ذلك بخلاف تعليق القناديل وبسط
البواري والبساط والحصا قال فخر الاسلام وهذا القول اشبه **فصل في الحائط المائل** لما ذكر
احكام القتل الذي يحصل بمباشرة الانسان او تسبيبه شرع في بيان القتل الذي يتعلق بالجماد الذي لا اختيار
له اصلا وهو الحائط المائل وذكر مسائله بترجمة الفصل ولم يذكر بلفظ الباب اشارة الى ان مسائل هذا
الفصل نوع مما يحدثه الرجل في الطريق وقدم هذا الفصل على الباب الذي يليه وان كان ذكر الباب
يتعلق بما له اختيار وهو الحيوان تناسبا بين الحائط والكنيف والجرصن ونحوهما **قوله** قال واذا مال
الحائط الى طريق المسلمين وطولب صاحبه بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه
حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس او مال اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي
في مختصره واذا مال حائط من دار رجل على طريق نافذ او دار رجل فلم يطالبه بنقضه ولم يشهد عليه
فيه حتى سقط على رجل فقتله او على متاع فافسده او على حيوان فعطب به فلا ضمان على صاحب الحائط
في شيء من ذلك وان تقدم اليه في هدمه واشهد عليه ثم سقط في مدة قد امكنه نقضه فيها بعد
الاشهاد فهو ضامن وان كان لم يفرط في نقضه وذهب يطلب من يهدمه وكان في طلب ذلك حتى
استاجر من يهدمه فسقط الحائط فقتل انسانا او عقر دابة او افسد متاعا فلا ضمان عليه قال
محمد والاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا فان افعل
بعد تقدمه نقضه على حال الامكان فان اخر ذلك وفرط فيما وصفت ذكر ضمن ما جنى عليه الحائط فان
كانت جناية على انسان فهو على العاقلة اذا كانت نفسا او دونها اذا بلغ من دية الرجل نصف
عشر ديته اذا كان المجني عليه رجلا وان كان المجني عليه امراة فان بلغ ارش جنايتها عشر ديتها
وما كان اقل من ذلك فهو في ماله وما كان في غير بني ادم فهو في ماله على كل حال الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله
وجملة ذلك ان من بنى حائطا في ملكه فهو على وجهين اما ان بناه مايلا او غير مايل فان بناه مايلا
الى الطريق او الى ملك غيره فهو ضامن لما تلف به وان لم يطالب بنقضه لانه تعدى بالبناء في ملك غيره
الا ترى ان هوا الشيء في حكمه ولو بنى في ملك غيره كان متعديا كذلك اذا بنى في هوا ملك غيره
واذا ثبت انه متعد في ذلك ضمن ما تولد منه كحفر البير في الطريق وان بناه في ملكه غير مايل الى الطريق
الاعلى او الى ملك غيره فلا ضمان عليه فيما تلف به قبل التقدم اليه بنقضه او الاشهاد عليه وقال

بعض اصحاب الشافعي عليه الضمان كذا في شرح الاقطع لنا ان حق الغير حصل في يده من غير فعله فلا يضمنه
قبل المطالبة اصله الثوب اذا القته الريح في داره، ولانها جناية بسبب فاختلف فيها التعدي وغير التعدي
اصله حفر البير فانه قبلها وجب ضمانه اذا تقدم عليه بازالته وجب وان لم يتقدم اليه كما لو بنى الحائط مائلا
قيل له هناك حصل حق الغير في يده بفعله فضمنه من غير مطالبة وفي مسئلتنا حصل في يده بغير فعله فاختلف
الضمان بالمطالبة وعدمها واما اذا تقدم اليه بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه مع الامكان حتى تلف
بسقوطه شي فعليه الضمان وقال بعض اصحاب الشافعي لا ضمان عليه كذا في شرح الاقطع وقال في شرح الكافي
والقياس ان لا يجب عليه شي لان شرط السقوط وهو الميلان والوهي لا صنع له فيه ولكنا استحسنا وقلنا يوجب
عليه الضمان لانه وجد منه صنع موصوف بالتعدي وهو ترك النقض مع امكان النقض وهذا
لانه لما مال الى الطريق الاعظم شغل هواء المسلمين فوقع في يده هواء المسلمين بغير صنعه لانهم
ما طلبوا بالنقض وتفريغ الهواء من هذا الشغل لزمه ذلك كمن وقع في يده ثوب انسان لا يكون
متعديا في امساك الثوب ولكن لو طولب بالرد فلم يرد صار متعديا في امساكه بعد ذلك
كذلك ههنا فصار الامتناع عن التفريغ بمنزلة شغل مبتدا باختياره وهو متعد في ذلك وهو شرط
التلف فصار بمنزلة اشراع شي الى الطريق باختياره شغل هواء المسلمين ولا كفارة عليه لانه ليس
بمباشر فيما اصاب الحائط فانه قبل ما يبنى سبب للضمان اذا لم يتقدم اليه بان التبه وجب ان لا يكون
سببا للضمان اذا تقدم اليه اصله اذا احتفر بيرا في ملكه واذا اشعل النار في ملكه فطار الجمر الى ملك غيره
قيل له اذا احفر في ملك نفسه لم يحصل حق الغير في يده فالمطالبة لا تاثير لها وفي مسئلتنا حق الغير حصل في
المطالبة بان التقدم اليه موثر فاختلفا واما اذا اطارت الريح الجمر الى ملك غيره فطالبه باخذ
الجمر ونقله فلم ينقل مع الامكان ضمن ما تلف به فهو مثل مسئلتنا كذا في شرح الاقطع قوله فاذا
تقدم اليه على صيغة البنا للمفعول بين ما صنى التقدم قوله وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه اي
من الضرر كما في الرمي الى الكفار وان تترسوا باسارى المسلمين وكقطع العضو الاكل عند خوف هلاك
النفس قوله ويتحملها العاقلة اي يتحملون الدية وانما تحملت العاقلة جناية الخطا لانها دون الخطا فكانت
اولى بالتحمل بخلاف ما كان في غير بني ادم يعني مالا لان ضمان الاموال لا تتحمله العاقلة قوله
والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي
والمعتبر عندنا المطالبة بالهدم وانما يحتاج الى الاشهاد لتثبت المطالبة وهذا كما نقول في الشفعة
ان المعتبر المطالبة وانما يشهد لتثبت المطالبة بالشهادة فلو اعترف صاحب الحائط انه طولب
وجب عليه الضمان وان لم يشهد عليه وان لم يعترف بعد المطالبة لزمه ما جنى الحائط فيما بينه وبين الله تعالى

وقد ذكرنا صورة الاشهاد قبل هذا من مختصر الكرخي قال في شرح الاقطع قال محمد ان العاقلة لا تضمن
حتى يشهد الشهود على ثلاثة اشيا على التقدم اليه في النقض وعلى انه مات من سقوطه عليه وعلى ان الدار
له لان كون الدار في يده ظاهره الملك والظاهر لا يستحق به حق على الغير وسقوطه عليه بعد التقدم اليه
بنقضه سبب للضمان فلا بد من ثبوته وقال في شرح الطحاوي فان انكرت العاقلة واحدا من هذه
الاشيا فلا ضمان عليهم حتى يشهد الشهود بذلك ولو اقر صاحب الدار بهذه الثلاث في ماله ولا يجب على العاقلة
قوله وتقبل شهادة رجل وامراتين على التقدم لان هذه ليست بشهادة على القتل يعني لو كانت شهادة
على نفس القتل لم تقبل شهادة النسا لشبهة البدلية ولكنها ليست بشهادة عليه بل هي شهادة على ميلان الحائط
فتقبل شهادة رجل وامراتين قوله وشرط ترك النقض في مدة يقدر على نقضه فيها اي شرط الضمان
ترك النقض لوجوب الضمان في مدة يقدر على نقضه فيها لانه قال واشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر
على نقضه فيها وذلك لانه ربما لا يتمكن من النقض اما لجهله بذلك او لعدم الالة فلا بد من زمان يقدر فيه
على النقض حتى يكون بتركه بعد ذلك متعديا قوله ويستوي ان يطالبه بنقضه مسلم او ذمي وهذا لفظ
القدوري في مختصره وذلك لان الطريق حق لجميع اهل دار الاسلام فكل من له المرور في الطريق فله المطالبة
بنقضه واهل الذمة من اهل دار الاسلام فاذا طالب الذمي بذلك فقد طالب بما له فيه حق فصحت مطالبته
وكذلك لو طالبت به امراة او صبي او غريب من بلد آخر لان جميع هؤلاء لهم المرور في الطريق فصحت مطالبتهم
لثبوت حقهم كذا في شرح الاقطع وقال في شرح الطحاوي اذا مال الحائط الى الطريق العام فان الخصومة فيه
الى واحد من الناس مسلما كان او ذميا بعد ان يكون حرا بالغا عاقلا او كان صغيرا اذن له وليه في الخصومة
او كان عبدا اذن له مولاه في الخصومة واذا تقدم الى صاحب الحائط بان حائطك مال فانقضه
كفاه ذلك ولو مال الحائط الى سكة غير نافذة فالخصومة لواحد من اهل السكة ولو مال الى
دار رجل فالخصومة الى صاحب تلك الدار ان كان هو فيها وان كان هو مستاجرا او مستعيرا
فالاشهاد الى الساكن لا الى غيره كذا في شرح الطحاوي قوله ويصح التقدم اليه عند السلطان
وغيره قال الحاكم الشهيد في الكافي لو شهد عليه في حائطه شاهدان او رجل وامراة عند
السلطان او عند غير السلطان فلم ياخذ في نقضه بعد ذلك ضمنوا ما اصاب قوله فان
مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة اي قال القدوري في مختصره وذلك لانه
حق يختص به مالك الدار فكانت المطالبة اليه خاصة وان كان فيها سكان فالمطالبة اليهم
وذلك كالمستاجر والمستعير لان لهم حق المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذا لهم المطالبة بازالة
ما شغل هواها قال الشيخ ابو الحسن الكرخي واذا مال الى الطريق فاشهد رجل عليه ثم استاجر

الذي اشهد عليه ان يؤخره او استاجل الحاكم فاجله فالتاجيل باطل لا يبرا من شي وهو على حاله الاولى
وان كان الميلان الى دار رجل فاجله صاحب الدار او ابراه منه او فعل ذلك ساكني الدار فذلك
جايز ولا ضمان عليه فيما حدث الحايط الي هنا لفظ الكرخي والفرق بينهما ان الحايط اذا امال الى الطريق
فالحق لجماعة المسلمين فان الطالب احدهم تعلق الضمان بالحايط لحق الجماعة فان اجله احدهم
او اجله احدهم او اجله الحاكم فقد اسقط حق نفسه وكذلك لو ان رجلا وضع في دار رجل حجرا او حفر
فيها بيرا او بنى فيها بناء وابراه صاحب الدار عنه كان بريا ولا يلزمه ما عطب بشي من ذلك كان
صاحب الدار او واحد دخل عليه وكان صاحب الدار فعل ذلك وهذا لان الضمان انما يجب لحق صاحب
الدار فاذا ابراه فقد اسقط حق نفسه فصار كان هذا الفعل وقع باذنه ابتداء **قوله**
ولو باع الدار بعد ما اشهد عليه وقبضها المشتري بري من ضمانه ذكره تفريعا ولا تفاوت
الحكم اذا سقط الحايط بعد ما قبضه المشتري او بعد ما ملكه وبه صرح الكرخي في مختصره وذلك
لانه لما باع فقد صار بحال لا يملك فيها النقض والضمان انما يجب عليه بترك النقض فاذا لم يتمكن
منه لم يضمن وليس هذا كمن اشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار وباع الجناح فوقع على انسان حيث
البايع لان نفس الوضع جناية منه والملكه عنه لا يغير حاله وليس كذلك في مسئلتنا لان بناء الحايط
لم يكن جناية وانما الجناية بترك النقض واذا صار بحيث لا يملك النقض في حال الوقوع خرج
فعلم من ان يكون جناية قال الكرخي في مختصره وكذلك كل من اشهد عليه ممن لا يجوز نقضه فانه
لا يضمن وان كانت الدار في يده مثل المرتهن يشهد عليه او المستاجر او المستعير او المودع
وذلك لانهم لا يملكون النقض فلا يصلح مطالبتهم به قال فان اشهد على المالك صح ذلك ويصح
على الراهن لانه يقدر على قضاء الدين وهدم الحايط فصار مفرطا بالترك وقال الكرخي
ايضا واذا اشهد على الوصي او الاب في هدم حايط لصغير في حجرهما لزمهما النقض فان لم ينقض
حتى سقط فالحق من جناية جهة لازمة للصبي لانه كان مما يلزم في مال البالغ فهو في مال الصغير وما
كان على العاقلة فهو على العاقلة الي هنا لفظ الكرخي وذلك لان الولي يملك النقض فالاشهاد عليه
كالاشهاد على المالك **قوله** على ما ذكرنا اشارة الي ما ذكر في باب ما يحدثه الرجل في الطريق بقوله ولو
اشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا فالضمان على البايع **قوله** والى ابي اليتيم
اي الى ابي الصبي لانه لا يتم مع وجود الاب **قوله** وذكر الام في الزيادات يعني اذا تقدم الى ام
الصبي في حايط مايل للصغير لزم الضمان وفيه نظر لانه لم يذكر في الزيادات الام بل ذكر الاب
والوصي كما في الاصل فقال في الزيادات حايط لصبي اشهد على ابيه او على وصيه فالضمان

على عاقلة الوصي فان لم يسقط حتى كبر او مات من اشهد عليه لم يكن فيه ضمان حتى يستانف الاشهاد
وان اشهد على صحيح في حايط او ارتد او لحق بدار الحرب بطل الاشهاد الي هنا لفظ زيادات محمد
برواية الزعفراني عنه **قوله** والى المكاتب اي يصح التقدم الى المكاتب في حايط له مايل لما بينه
فيما قال فخر الاسلام في شرح الزيادات مكاتب له حايط مايل الى الطريق الاعظم فاشهد عليه ثم
سقط فاتلف انسانا فعلى المكاتب الاقل من قيمته ومن دية المقتول فان ادى المكاتب
فعتق ثم سقط فاتلف انسانا فقيمته دية القتيل على عاقلة مولاه بخلاف ما اذا اخرج جناحا
او كنيفا ثم عتق ثم وقع فقتل انسانا فكان عليه الاقل من قيمته ومن الدية والفرق ما
قلنا ان جناية الحايط كالمبتدا في كل وقت فكانه قتل بعد الحرية فقتيلا ابتداء فاما اخراج
الجناح والكنيف فجناية واقعة فلم يجعل مبتدا بعد العتق بل كان مضافا الى حال الرق وقال
واذا عجز المكاتب ثم سقط الحايط بل فاتلف انسانا فدمه هدر لانه لما كان كالمبتدا في
في كل وقت كان من شرطه دوام القدرة وقد بطل ولا شي على المولى لعدم الاشهاد عليه
فاما الجناح والكنيف فانه يجب على المولى ان يدفعه او يفديه لانه استند اليه فكانه جنى
في حال رقه فصار كانه حفر بيرا ثم عجز ثم وقع فيها انسان فعطب بها قال في الزيادات
حايط لمكاتب اشهد عليه فيه والاشهاد على ذلك ان يقال له حايطك مايل او مخوف فاهدمه
وان لم يفعل حتى وقع فقتل انسانا فعلى المكاتب قيمته وان وقع بعد ما عتق فقتل انسانا
فالدية على عاقلة المكاتب وان وقع بعد ما عجز فليس عليه ولا على المولى شي الي هنا لفظ محمد
في الزيادات برواية الزعفراني **قوله** والى العبد التاجر اي يصح التقدم الى العبد التاجر في
حايط المايل قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا تقدم الي العبد التاجر في حايط فاصاب انسانا
وعليه دين او لا دين عليه فهو على عاقلة مولاه وان اصاب متاعا ففي عنق العبد قال شيخ الاسلام
علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي والقياس في المسئلة الاولى ان يكون على المولى لان
الاشهاد وجد على العبد وصح لان له ولاية التفريغ فصار كانه جنى بيده ولو كان كذلك يجب
على مولاه ان يفديه او يدفعه كذلك هذا ولهذا يجب ضمان المتاع في عنقه لان الاشهاد وقع
عليه فيكون الموجب كانه جنى بيده وجه الاستحسان وهو وجوب الدية على العاقلة
ان الاشهاد من وجه كانه على المولى لان الحايط مملوك المولى والعبد متصرف للمولى كانه وكيل
المولى فعلى هذا يجب الدية على عاقلة المولى كان الجاني هو المولى ومن وجه الاشهاد عليه لان العبد
مالك من وجه تصرفا ويدا ولكن عند التردد اعتبار جانب المولى اولى في الدما لان ذمة العبد

غير قابلة لموجب جناية الدم لانه يشبه الصلاة والعبد ليس باهل ذلك ودخل المولى قابلة فكان اعتبار الاشهاد على المولى اولى وفي الاموال امكن اعتبار الاشهاد على العبد كما امكن اعتبار الاشهاد على المولى ومالكية العبد اظهر فكان اعتبار الاشهاد على العبد اولى **قوله** وتبع النقض الى احد الورثة في نصيبه ذكره على سبيل التفريع ايضا قال الكرخي في مختصره وان كانت دار بين ورثة فاشهد على بعضهم ولم يشهد على جماعتهم فسقط الحايط فلا ضمان على الذي اشهد عليه في القياس قال محمد ولكنا نستحسن فنلزمه بقسط ما يملك منه وكذلك الحايط يكون بين شركا وليسوا بورثة الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وانما لم يجب الضمان على احد منهم في القياس لان الذي اشهد عليه لا يتمكن من النقض وحده فلم يكن متعديا بترك النقض وغيره لم يشهد عليه فلم يكن احد منهم مفرطا بترك النقض فلم يجب الضمان وفي الاستحسان يجب الضمان على الذي اشهد عليه خاصة في نصيبه لانه كان بسبيل من التفريغ بمباشرة طريقه وهو المرافعة الى القاضي بمطالبة شركائه وحيث لم يفعل ذلك صار مفرطا فوجب الضمان بقسطه كما ان رجلا لو استاجر دابة ليحمل عليها قفيزين من حنطة الى موضع معلوم فحمل عليها ثلاثة اقفزة ضمن ثلث قيمتها وهو مقدار الزيادة قال الطحاوي في مختصره واما ابو يوسف ومحمد فكانا يجعلان عليه من الدية نصفها وذلك لان انصبا الاخرين كنصيب واحد لانه لم يجب به ضمان فهو مثل ان يجرح رجلا ويعقره سبع وينهشه حية فيموت من جميع ذلك فعلى الجاني النصف لان عقر السبع ونهش الحية لما لم يتعلق بهما ضمان صارا كالشيء الواحد فكذلك انصبا الاخرين كذا ذكره ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي **قوله** ولو سقط الحايط المايل على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه اي لا يضمن صاحب الحايط الذي تعثر فهلك قال في شرح الطحاوي ولو اشهد الحايط فسقط فقتل بنقضه او عثر به انسان فهلك يضمن في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف ما تلف بالنقض لا يضمن الا اذا اشهد على النقض لان الاشهاد على الحايط لا يكون اشهادا على النقض ولو لم يتعقل بالنقض ولكن تعقل بميت هلك بالحايط لم يضمن بالاجماع لان رفع الميت ليس على صاحب الحايط ولكن رفع النقض اليه قال في شرح الزيادات ولو كان للحايط جناح اخرجه الرجل الى الطريق فعطب بالعثرة على القتيل يضمن على عاقلة الذي اخرج الجناح لما قلنا انه بمنزلة مباشرة الجناية ومن القى في الطريق شيا كان جانيا ضامنا لما عطب به وان لم يملك تفريغه ولو اشهد على حايط لم يعتبر فان الاشهاد باطل وانما يصح الاشهاد اذا كان واهيا او مايلا

او مخوفا عليه او متصدعا **قوله** لان التفريغ عنه الى الاولياء لا اليه لان تفريغ الطريق عن الميت الى اوليائه لا الى صاحب الحايط لانهم هم الذين يتولون امر الميت من التجهيز والتكفين **قوله** لان التفريغ اليه اي لان تفريغ الطريق عن نقض الحايط الى صاحب الحايط **قوله** ولو عطب بجرة كانت على الحايط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه ذكره على سبيل التفريع ايضا قال شيخ الاسلام في شرح الزيادات حايط مايل اشهد على صاحبه فوضع صاحبه او غيره جرة عليه فسقط وزالت الجرة فاصابت انسانا فقتلته فذلك على عاقلة صاحب الحايط ولو عثر بالجرة رجل فعطب كان هدرا بخلاف الجناح لو رما والفرق ما بينا فان كانت الجرة ملكا لصاحب الحايط كان ضامنا لما عطب بنقض الجرة **قوله** قال واذا كان الحايط بين خمسة رجال اشهد على احدهم فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته اي قال في الجامع الصغير وصورتها محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في حايط لخمسة رجال مايل او وهي فاشهد على واحد منهم فوقع على انسان فقتله قال يضمن الخمس من الدية وقال عن يعقوب عن ابي حنيفة في دار بين ثلاثة نفر حفر احدهم فيها بيرا او بنى حايطا فوقع انسان في البير فمات او عثر بالحايط فمات قال على الحافر والباني ثلثا الدية وقال يعقوب ومحمد عليه نصف الدية في المسئلتين جميعا الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وهذه الجملة من الخواص وجه قولهما ان نصيب من لم يوجد الاشهاد عليه ونصيب الحافر في المسئلة الثانية هدر وما وراءه معتبر فجعل الهدر جنسا واحدا والمعتبر جنسا والمعتبر لجنس الجراحات لا لعددها كمن جرح انسانا ونهشته حية ولدغته عقرب وعقره كلب كان عليه نصف الدية فكذا ههنا ووجه قول ابي حنيفة انه لو ملك جميع الدار فحفر فيها بيرا لا يضمن ولو لم يملك شيا من الدار وحفر فيها بيرا ضمن جميع الدية فاذا ملك البعض دون البعض لا يضمن بقدر ما ملك وكذلك في مسئلة الحايط لو كان اجنبيا لا يصح الاشهاد عليه ولو ملك يصح الاشهاد عليه فيصح بقدر ما ملك اعتبارا للبعض بالكل ولان التلف حصل بعلة واحدة وهو الثقل المخصوص في الحايط والعمق المخصوص في البير لان اصل الثقل واصل العمق ليس بعلة التلف لان الجزء اليسير ليس بمهلك فلو كان كل جزء علة لامتنع العلة ولكن ليس كذلك فكان الكل علة واحدة فيضاف الحكم وهو الضمان الى العلة الواحدة ثم ينقسم الحكم على اربابها على قدر الملك كمن استاجر دابة ليحمل عليها كرا من حنطة فحمل عليها كرا ونصف كر فتلفت ضمن المستاجر ثلث القيمة لان التلف حصل بالثقل والثلثان كان باذن صاحب الدابة فهدر ذلك ويضمن الثلث بخلاف الجراحات فان كل جراحة تصلح علة

للتلف وانما اضيف الي الكل عند المزاحمة لعدم اولوية البعض بالاضافة اليه ولكن
الماّلم يصلح البعض لاضافة الحكم يصلح لقطع السبب عن المزاحم فظهرت المزاحمة في قطع
النسبة عن الاخرى وان لم تظهر في حق استحقاق الحكم فيجعل هالكا بعلتين فيضاف الي كل
واحدة نصفه ضرورة المزاحمة اما في مسئلة الحائط والبير فالعلة واحدة لما بينا فلا بد من
اعتبار العلة في حق كل واحد منهم فينقسم الحكم على ابدانها وكان القياس في صورة الاشهاد
على الحائط ان لا يجب الضمان لان الواحد لا يملك اصلاح الحائط وحده الا بالشركا فلما لم يشهد
على شركائه ينبغي ان لا يجب على واحد منهم شي وجه الاستحسان انه يضمن الذي اشهد عليه
حصته لانه صح الاشهاد عليه في حصته لانه لا يمكن الاشهاد عليهم جملة وانما يشهد ٥
على واحد منهم فاذا صح الاشهاد عليه في حصته نفسه يجب عليه الضمان في حصة نفسه
قوله في الفصلين اي في فصل الحائط المائل المشترك بين خمسة وفي فصل دار بين ثلاثة
حفر احدهم فيها قوله وهو الثقل المقدر والعمق المقدر اراد بذكر الثقل المملك والعمق
المملك لا مجرد الثقل ومجرد العمق لان اليسير من ذلك لا يصلح علة للتلف ٥

تم السفر من شرح الهداية ويليه في السفر بعده ان شاء الله تعالى باب جناية
البهيمة والجناية عليها ٥٥ تحرير يوم الاربعا السادس والعشرين
من شهر مولود من سنة احسن الله ختامها
١٢٠٣

مخطوطات
جامعة الرياض